

ZEITSCHRIFT

DER SAVIGNY-STIFTUNG

FÜR

RECHTSGESCHICHTE

HERAUSGEGEBEN

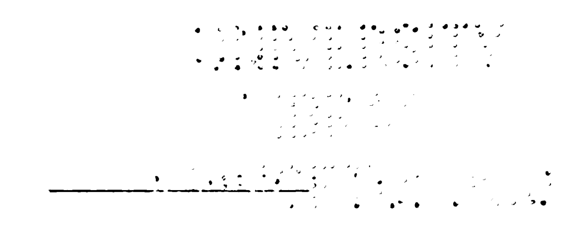
VON

E. I. Bekker, L. Mitteis, R. Schröder,
H. Brunner, U. Stutz.

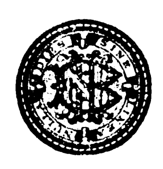
VIERUNDZWANZIGSTER BAND

XXXVII. BAND DER ZEITSCHRIFT FÜR RECHTSGESCHICHTE

ROMANISTISCHE ABTEILUNG



WEIMAR
HERMANN BÖHLAUS NACHFOLGER
1903.



WEIMAR. — HOF-BUCHDRUCKEREI.

Inhalt des XXIV. Bandes

Romanistische Abteilung.

Theodor Mommsen †.

Die Herausgeber dieser Zeitschrift erfüllen eine schmerzlich empfundene Pflicht, indem sie dem dahingeschiedenen Meister der römischen Altertumskunde bis zu dem Tage, wo die Zeitschrift einen seiner Bedeutung entsprechenden Nachruf wird bringen können, mit diesem Blatt ein vorläufiges Denkmal setzen. Von seinem Leben und Wirken ein Bild zu geben, mag jenem Nachruf vorbehalten bleiben; hier soll dem Andenken des großen Toten nur der Dank ausgesprochen werden, für das was die Savigny-Zeitschrift ihm schuldet. Von der Begründung der Savigny-Stiftung an dem Kuratorium derselben angehörig, hat er, seit die Stiftung der Zeitschrift für Rechtsgeschichte ihren Namen verliehen hatte, der Savigny-Zeitschrift die ganze Liebe und Fürsorge zugewendet, deren sein großes, nur für die Wissenschaft und ihre Pflege schlagendes Herz fähig war. In den Kreis ihrer Herausgeber ist er niemals eingetreten; aber keiner aus diesem Kreise hat jemals mehr für sie tun können, als er, der ihr Geschick mit ängstlicher Fürsorge begleitete und wie ein getreuer Eckart ihr zur Seite stand. So ist denn auch dieses innige Verhältnis Mommsens zu der Verwaltung der Zeitschrift und insbesondere zu ihrer romanistischen Abteilung nicht bloß durch die Zahl und den Wert seiner Beiträge allen, die den Verhältnissen nahe standen, bekannt und von ihnen empfunden worden und zu dem leuchtenden Namen, den die Savigny-Zeitschrift zu tragen das Glück hat, auch von seinem Namen ein Abglanz auf sie entfallen.

Lange Zeit haben wir ihn besessen. Lange Zeit haben wir uns der Wohltaten erfreut, welche das Dasein eines wirklichen wissenschaftlichen Genius der Mitwelt zu spenden vermag; es war uns allen Gelegenheit gegeben, an seinem Vorbild unsere Kräfte zu stählen für den nun doch einmal unvermeidlichen Zeitpunkt, wo auch dieses Licht verlöschen mußte. Und doch trifft uns der Verlust mit unverminderter Schwere und vermögen wir seine Größe heute noch nicht zu übersehen. Die romanistische Abteilung dieser Zeitschrift insbesondere wird nicht bloß seine stets bereite erleuchtete Beratung und den unversieglichen Quell seiner wissenschaftlichen Produktion vermissen, sondern auch das empfinden, daß der geistige Heerbann, auf den sie sich stützt, einen unersetzlichen Führer verloren hat, der wie kein anderer die Juristen mit den Philologen und Historikern zu vereinigen, die widerstreitenden Kräfte zu bannen, der Arbeit Ziel und Erfolg zu sichern wußte.

Aber wir würden wenig in seinem Sinne handeln, wenn wir darob den Mut sinken lassen und über die Zukunft grübeln wollten, statt in ehrlicher Arbeit den Schwierigkeiten die Spitze zu bieten und zu beweisen, daß wir auch in diesem Betracht von ihm gelernt haben und sein Geist in uns nicht erstorben ist. Und so hofft diese Zeitschrift trotz des unermeßlichen Verlustes, den mit uns allen auch sie erlitten hat, daß die fortwirkende unverminderte Kraft der geschichtlichen Forschung sie jener Entwicklung der Wissenschaft entgegentragen wird, welche der Dahingeschiedene vorgezeichnet und angebahnt hat. Ihm selbst aber sei der unvergängliche Dank ausgesprochen für die Treue, die er ihr durch so viele Jahre gehalten, für die Liebe, die er ihr geschenkt, für das viele Gute und Große, das er ihr von seinem Geist und seinem Herzen gegeben hat.

Die Redaktion.

Contardo Ferrini †.

Kurz vor der Ausgabe des vorjährigen Bandes unserer Zeitschrift, am 17. Oktober 1902, ist CONTARDO FERRINI zu Mailand in seinem vierundvierzigsten Lebensjahre gestorben. Die erschütternde Nachricht wurde zu spät bekannt, um die Ehrenpflichten der Zeitschrift gegen ihren treuen Mitarbeiter alsbald erfüllen zu können, und so ist es die Aufgabe dieses Bandes, ihm ein Blatt der Erinnerung zu widmen. Es wäre schwer zu schildern, was der Verlust Ferrinis nicht bloß für die italienische sondern für die gesamte romanistische Wissenschaft bedeutet; sie wird ihn aufs schwerste empfinden. Vorzeitig, mitten in einem schaffenskräftigen und schaffensfreudigen Dasein ist in Ferrini ein Gelehrter gestorben, von dem wir alle noch Großes zu erwarten berechtigt waren, weil er Großes schon in reichem Maße gegeben hatte. Nach allen Seiten seiner Wissenschaft gleichmäßig anteilnehmend, nirgends sich mit dem Gegebenen begnügend, hat der seltene Mann nach verschiedenen Richtungen neue Bahnen eröffnet. Als Kenner und Herausgeber byzantinischer, zum Teil selbstentdeckter Quellen an einer ersten Stelle stehend, war er doch auch mit den klassischen Rechtsschriften wie wenige vertraut und hat durch die eindringendste philologische und hermeneutische Arbeit zu ihrem Verständnis Erstaunliches beigetragen. Die reiche Zahl seiner das private wie das öffentliche und das Strafrecht der Römer gleichmäßig umfassenden Schriften kann an dieser Stelle nicht aufgeführt werden; die Zeitschrift verdankt ihm einige ihrer

wertvollsten Beiträge an seinen Studien über den Juristen Atilicinus (7, 85), über die juristischen Kenntnisse des Arnobius und des Lactantius (15, 343), die prozessualische Konsumtion der actio de peculio (21, 190) und zur Kenntnis des römisch-syrischen Rechtsbuchs (23, 101), welche er, obwohl Nichtdeutscher, in tadelloser deutscher Sprache geschrieben hat. Mit ihm ist einer der hervorragendsten Romanisten nicht bloß der Gegenwart von uns geschieden; in der Geschichte seiner Wissenschaft wird sein Name nicht vergessen werden.

Die Redaktion.

I.

Die Popularklagen.

Von

Theodor Mommsen.

In der großen Abhandlung, in der **Bruns** die römischen Popularklagen behandelt hat[1]), geht er aus (S. 327. 329) von der Unterscheidung einer dreifachen Formulierung der Bußen: *dare damnas esto sestertios tot* bezeichne die auf dem Civilweg einzuziehende Buße, *multa esto sestertios tot* und *poena esto sestertios tot* die durch den Kriminalprozeß herbeigeführten, wo bei der ersteren ein die Infamie begründender, bei der zweiten ein nicht infamierender angenommen werde. Diese Dreiteilung geht ihm hervor aus einer bekannten Stelle Catos[2]): *ecqua tandem lex est tam acerba quae dicat: 'si quis illud facere voluerit, mille minus dimidium familiae multa esto; si quis plus quingenta iugera habere voluerit, tanta poena esto; si quis maiorem pecuum numerum habere voluerit, tantum damnas esto'*. Aber wie sollten die Römer dazu kommen, für die Verletzung des Maximum des occupierten Bodens und für die des Maximum des auf die Gemeinweide aufzutreibenden Viehs begrifflich verschiedene Normen, und wie sollte der alte Redner dazu kommen in dieser Weise juristische Distinctionen aufzustellen? vielmehr sagt er mit rhetorischer Variierung von der inrogierten Multa, auf die sich alle drei Angaben gleichmäßig beziehen, dreimal wesentlich dasselbe. *Multa* mit folgender Zahl ist die technische Be-

[1]) Zeitschrift für Rechtsgeschichte 3 (1864) S. 341—415 = Kleinere Schriften 1 (1882) S. 313—375. Ich citiere nach dem zweiten Druck. — [2]) Bei Gellius 6, 3, 37.

zeichnung zunächst der arbiträren magistratischen Mult.[1]) *Poena* mit folgender Zahl ist überhaupt der technischen Rede fremd, da diese eben dafür *multa* setzt; nur insofern *poena* jede Strafe bezeichnen kann, findet sich diese Wendung zuweilen[2]) und ist von Cato offenbar nur zur Abwechselung gebraucht worden. Endlich *damnas esto* ist nichts weiter als ein verstärktes *dato*[3]) und eignet sich daher auch in Anwendung auf die inrogierte Mult zu gleichartiger aushülfsweiser Verwendung. Wir haben also hier neben der eigentlich technischen Formulierung zwei nicht technische verallgemeinernde; unmöglich kann mit Bruns in diese Fassungen der von ihm angenommene sprachlich durch keine Spur angezeigte Wert hineininterpretiert werden.

Actio popularis ist nach Bruns (S. 366) nicht jede Klage, die von jedem Bürger angestellt werden kann, sondern diese heiße nur dann so, wenn sie dem Kläger zu eigenem Nutzen und Vorteil gereiche. Diese Beschränkung des den Gesetzen wie dem prätorischen Edikt fremden, ohne Zweifel schulmäßigen Terminus[4]) ist falsch: *popularis* bezeichnet die Handlung, die von jedem Bürger vorzunehmen ist oder vorge-

---

[1]) Strafrecht S. 1013, vgl. S. 1016 A. 2. — [2]) Strafrecht S. 14 A. 4. Bruns selbst bringt dafür einen einzigen Beleg: Senatsbeschluß bei Frontinus *de aq.* 127: *poena* HS *dena milia;* denn bei Ulpian Coll. 14, 3 sind die Worte HS c *milium* Zusatz von Huschke gegen die Handschriften. — [3]) Strafrecht S. 13 A. 1, S. 1018 A. 3. Cato hat diesen Sinn der Worte noch empfunden; die jüngere, aber schon in der Gracchenzeit begegnende Formel *dare damnas esto* ist sprachlich gleichwertig mit *multare multatus esto.* Es steht dieser Widersinn wohl unter dem Anklingen des früh erstarrten und flexionslos gewordenen *damnas* auf *damnare* in seiner späteren Geltung. — Wenn Bruns S. 329 den *damnas* dem *iudicatus* gleichstellt und meint, daß er 'unzweifelhaft' wie ein Verurteilter behandelt worden sei, so ist dabei weder an den *voti damnas* gedacht, noch läßt sich eine solche Behandlung bei dem Damnationslegat auch für die älteste Zeit annehmen, da der Beklagte dabei nicht, wie bei der Geldschuld, von seiner Verpflichtung Kenntnis zu haben brauchte und also ein Beweisverfahren unumgänglich erforderlich war. Die Formel bezeichnet einfach jede persönliche Verpflichtung, vorzugsweise dann, wenn sie auf Geld gestellt ist. — [4]) Der Ausdruck gehört keineswegs, wie Bruns annimmt, dem Prätor an; das Edikt *de sepulcro violato* (Dig. 47, 12, 3 pr.) setzt *quicumque agere volet* und *actio popularis* begegnet lediglich in Lehrschriften.

nommen werden kann, sowohl nach dem sonst feststehenden Sprachgebrauch[1]) wie nach den überlieferten Interpretationen.[2]) Als Motiv dieser Anordnung bezeichnen die Rechtslehren nicht, wie Bruns will, den Vorteil des Klägers, sondern das Interesse der Gemeinde.[3]) Was von der *actio popularis*, gilt in gleicher Weise auch von dem *interdictum populare;* auch dies führt davon den Namen, daß jeder Bürger dasselbe zu begehren befugt ist (A. 2) und als Motiv desselben wird die Wahrnehmung des öffentlichen Interesses betrachtet. Es ist lediglich Willkür die *actio popularis* auf diejenigen Klagen zu beschränken, deren in unseren Digesten Erwähnung geschieht und sie den dort nicht vorkommenden zu versagen, bei welchen ebenfalls im öffentlichen Interesse jeder Bürger zugelassen wird. Ebenso ist auch der Versuch verfehlt, diejenigen im Interesse der Gemeinde angestellten Klagen, bei welchen der Kläger befugt ist im Fall des Obsiegens die Strafsumme in seinen Nutzen zu verwenden, auszuscheiden als 'eigentliche Popularklagen' (S. 366); sie würden eher als uneigentliche zu bezeichnen sein, wenn eine solche Scheidung überhaupt zulässig wäre. Sie ist es aber nicht. Das römische Civilrecht kennt unter den wenigen Fällen, wo es Klage in fremdem Namen gestattet, einfach die Klage *pro populo*[4]) und alle Civilklagen, die von jedem Bürger angestellt werden können, fallen unter das gleiche procuratorische Prinzip.[5])

---

[1]) Festus p. 253: *popularia sacra sunt, ut ait Labeo, quae omnes cives faciunt.* — [2]) Ulpian Dig. 43, 8, 1, 36: *hoc interdictum (ne quid in loco publico fiat). . . . populare est.* Derselbe Dig. 43, 13, 1, 9: *hoc interdictum (ne quid in flumine publico fiat) cuivis ex populo competit.* Paulus Dig. 3, 2. 43, 2: *in popularibus actionibus . . . quis quasi unus ex populo agit.* — [3]) Paulus Dig. 47, 23, 1: *eam popularem actionem dicimus, quae . . . ius populi tuetur.* Derselbe Dig. 12, 2, 30, 3 behandelt die Frage, inwiefern die *publica actio,* das staatliche Forderungsrecht, durch die *popularis actio,* die Klaganstellung des einzelnen Bürgers konsumiert werde. — [4]) Justinian Inst. 4, 10, vgl. Gai. 4, 82. — [5]) Bei den *interdicta popularia* (vgl. über diese Bruns S. 352 fg.) kann allerdings der Impetrant des magistratischen Befehls nicht im formalen Sinn als *procurator* der Gemeinde angesehen werden, wie dies bei der *actio* der Fall ist; sachlich aber tritt die Wahrung des Gemeindeinteresses durch einen freiwillig dafür eintretenden Bürger hier wo möglich noch bestimmter hervor als bei der Klagvertretung.

Gleichwie Bruns in seiner Abhandlung, über den Titel hinausgehend, sich nicht auf die Popularklagen beschränkt, sondern das römische System der öffentlichen Geldbußen überhaupt behandelt hat, glaube auch ich hier verfahren zu müssen. Ich habe späterhin meine Ansicht darüber in meinem Strafrecht (S. 50 fg. 1012 fg.) im Zusammenhang entwickelt; aber die Widerlegung der Bruns'schen Aufstellungen, die dort nach dem von mir überhaupt darin befolgten Verfahren nicht hat Platz finden können, ist keineswegs überflüssig und sie läßt sich nicht wohl anders geben, als in einem kurz zusammenfassenden Gesamtbild dieses merkwürdigen Gebäudes. Die privaten Geldstrafen, deren Verfolgung ausschließlich dem Geschädigten anheimgestellt ist, bleiben selbstverständlich außer Betracht.

Die öffentlichen Geldbußen, das heißt diejenigen, bei welchen die Straftat gefaßt wird als gegen das Gemeinwesen gerichtet [1]), sind dreifacher Art: entweder gehen sie hervor lediglich aus dem magistratischen Imperium oder aus dem magistratisch-comitialen Strafverfahren oder aus dem deliktischen Civilprozess.

Die lediglich auf dem magistratischen Imperium beruhende Geldbuße, die eigentliche *multa* [2]), gehört in den Kreis der Coercition; auf sie bezieht sich die Multgrenze *(multa maxima)*. Die Handlung, gegen welche der Magistrat einschreitet, kann nicht als Delikt bezeichnet werden und der Spruch des Magistrats ist kein Rechtsurteil, sondern ein

---

[1]) An sich kann jede Verletzung des einzelnen Bürgers auch aufgefaßt werden als Verletzung des Gemeinwesens. Aber die älteren römischen Ordnungen, die wesentlich auf dem Prinzip der staatlich regulierten Selbsthülfe ruhen, lassen bei dem gegen einen Privaten begangenen Delikt, soweit dasselbe mit einer Vermögensstrafe sühnbar ist, diese Auffassung nur in seltenen Fällen zu, und es paßt auch die Popularklage nicht auf sie, da bei dieser der Strafbetrag entweder der Gemeinde zufällt oder als Belohnung für seine Mühwaltung dem Kläger, die Entschädigung des Privaten also dabei als solche ausfällt. Wenn der Zinswucher, wie es scheint, in älterer Zeit auf diesem Wege bestraft wurde (S. 9 A. 1), so hat dies Verfahren nicht in erster Reihe bezweckt dem Bewucherten Hülfe zu bringen. — [2]) Mein Strafrecht S. 50; Bruns S. 319 fg., wo indes die Abgrenzung gegenüber der magistratisch-comitialen Mult nicht streng eingehalten ist.

administrativer Befehl, gegen den also auch nur die administrative, nicht die gerichtliche Appellation statthaft ist. Die Einziehung der Buße, bei welcher selbstverständlich die *actio iudicati* ausgeschlossen ist, wird vermutlich gleichwie die der Steuerbeträge den Beamten des Ärarium obgelegen haben, eventuell mit Herbeiführung der Schuldhaft oder doch des Konkurses. — Die magistratisch-comitiale Multa[1]) gehört dem ordentlichen römischen Strafprozeß in der Periode vor dem Aufkommen der Quästionen an und füllt nebst dem entsprechenden Kapitalverfahren ihn aus; es gibt in dieser Epoche kein anderes reguläres Kriminalverfahren als dasjenige, welches vor die Bürgerschaft kommt oder wenigstens kommen kann. Zu Grunde liegt, wie bei dem Privatstrafrecht die Verletzung des Einzelnen, so hier die Verletzung der Bürgerschaft; welche Handlungen außer dem eigentlichen an sich schon dehnbaren Staatsverbrechen unter diesen Begriff gezogen worden sind, ist hier nicht zu erörtern. Bei den nicht kapitalen Verbrechen, um die es sich hier hauptsächlich handelt, wie zum Beispiel Kornwucher und Kuppelei, liegt wohl meistens ein positives Strafgesetz zu Grunde[2]), das die Magistrate aufforderte in solchen Fällen Geldstrafen zu erkennen, auch wohl ihnen ein Maximum, niemals aber eine feste Summe vorschrieb, sodaß auch diese Multen immer wenigstens bis zu einem gewissen Grad von dem Arbitrium des Magistrats abhängig blieben. Die in dieser Weise untersagte Handlung wird durchaus als Verbrechen gefaßt und der magistratische Spruch als Judicat.[3]) Daß

---

[1]) Mein Strafrecht S. 1014; Bruns S. 322. — [2]) Bruns' Behauptung (S. 322), daß die magistratisch-comitiale Buße auf solche Fälle zu beziehen sei, für welche kein Strafgesetz existiere, ist hervorgerufen durch die unrichtige Annahme, daß die Fixierung eines Maximum für die Multen sich auf alle Geldstrafen beziehe, während sie nur auf die administrativen Multen geht. Die *multae dictio* mit Provocation, welche Bruns ansieht als durch die *multa maxima* ausgeschlossen, liegt vielmehr allen diesen Prozessen zu Grunde. Auch ist nichts gewisser, als daß bei der magistratisch-comitialen Multierung rechtlich festgestellte Deliktbegriffe vorausgesetzt werden, und überhaupt ist die Annahme abzulehnen, daß der dem Quästionensystem voraufgehende ordentliche Strafprozeß der Römer in dieser wilden Willkürlichkeit sich vollzogen habe. — [3]) Die Bestätigung des Strafurteils durch die Comitien faßt das römische Staatsrecht nicht als Gesetz (St.-R. 3, 326). Auch ist die magistratisch-

daraufhin die civilrechtliche *actio iudicati* angestellt werden konnte, ist möglich; tatsächlich aber hat wahrscheinlich der obsiegende Magistrat, nachdem das Urteil perfekt war, sofortige Zahlung oder Sicherstellung *praedibus praediisque* gefordert und wenn diese nicht geleistet ward, nach älterem Recht die Addiction, späterhin den Konkurs herbeigeführt.[1]) — Von der rein magistratischen Ordnungsbuße und der im magistratisch-comitialen Strafprozeß erkannten kriminellen abgesehen, gehören alle übrigen öffentlichen Geldbußen, analog den Privatdelikten, zwar nach dem Tatbestand dem Strafrecht an, aber nach der formalen Behandlung dem Civilrecht. Daß Bruns diesen einfachen Grundbegriff verkannt hat, ist neben den früher hervorgehobenen Mißverständnissen der Begriffe und der Formeln hauptsächlich hervorgerufen durch die vorgefaßte Meinung, daß das *iudicium publicum* bei den Römern notwendig den Kriminalprozeß bezeichnet.[2]) So faßt er zum Beispiel als Kriminalprozeß das bei Cicero[3]) erwähnte Multverfahren gegen Q. Opimius, obwohl dieses bei dem mit dem römischen Strafprozeß gar nicht befaßten Stadtprätor anhängig gemacht wird, offenbar vor Geschworne gelangt, die ebenfalls lediglich dem Civilverfahren angehören und mit dem für dieses technischen Wort als *multae petitio* bezeichnet wird.[4]) Es soll hier nicht wiederholt werden, was in meinem Strafrecht[5]) auseinandergesetzt ist, daß *iudicium publicum*, wohl zu unterscheiden von *iudicium populi*, vielmehr denjenigen Privatprozeß bezeichnet, der im Interesse der Gemeinde geführt und darum geschärft wird und daß die Geschwornengerichte des Quästionenverfahrens aus diesem geschärften Privatprozeß hervorgegangen sind; die richtige Auffassung dieser Multklage ist geradezu der

comitiale Strafgewalt hervorgegangen aus dem ursprünglichen absoluten Königsrecht, und ist die Auffassung eines solchen Spruches als Judicat schon darum notwendig, weil die Comitien nur auf Appellation einschreiten und der Verurteilte von dieser absehen kann.

[1]) Strafrecht S. 1023. 1028. — [2]) S. 326 fg. Ähnlich verhält es sich mit *accusare*. — [3]) Verr. l. 1, 60, 155. — [4]) Daß an einer einzigen Stelle, in der tudertinischen Bronze (Bruns *fontes* p. 153) von der inrogierten Mult gesagt ist *populi iudicio petere*, das Wort also in weiterem Sinne gebraucht ist, kann an dem technischen Wert desselben nicht irre machen (Strafrecht S. 1015 A. 4). — [5]) Besonders S. 180 fg.

Schlüssel für das Verständnis des jüngeren, auf der Quästion ruhenden römischen Strafprozesses. Hier soll dargelegt werden, daß alle öffentlichen Geldstrafen des römischen Rechts, abgesehen von den beiden vorher erörterten Kategorien, nach den Normen des Privatdelikts civilprozessualisch behandelt werden.

1. Die Handlung oder die Unterlassung, welche durch die öffentliche Geldbuße geahndet wird, ist immer eine Schädigung der Gemeinde, welche aufgefaßt wird als in dieser relativ milden Form sühnbar. Aber da dieser an sich vage und wesentlich negative Begriff als Klagfundament namentlich im Civilprozeß unbrauchbar ist, so folgt daraus, daß für jede Buße dieser Art als rechtliche Grundlage ein Specialgesetz oder eine diesem praktisch gleichstehende Klausel des prätorischen Edikts erfordert wird, welche teils den Tatbestand feststellen, teils die für diesen Fall anzuwendende Prozeßform, teils das Strafmaß.

2. Das betreffende Specialgesetz kann jede dem Gemeinwesen schädlich erachtete Handlung mit Buße belegen; die das gesamte deliktische Gebiet beherrschende Idee der sittlichen Verschuldung wird hier zwar nicht völlig aufgegeben, aber sie tritt, zumal bei den niedrig bemessenen Bußen, hier häufig zurück. Ausgegangen aber sind diese Bußen höchst wahrscheinlich von den im Privatrecht aufgestellten Deliktbegriffen, insofern durch derartige Handlungen die Gemeinde unmittelbar verletzt wird. Wegen Diebstahl zum Beispiel einer dem Staat oder den Staatsgöttern gehörigen Sache kann allerdings ein magistratisch-comitialer Prozeß angestellt werden[1]) und auch von der Sachbeschädigung wenigstens bei Sacralgut gilt dasselbe[2]); aber wohl von jeher hat es, nicht infolge specieller Legislatur, sondern durch einfache Übertragung der über die Privatdelikte bestehenden Satzungen auf den Staat in seinen privatrechtlichen Befugnissen, dem Vertreter der Gemeinde freigestanden solche Delikte nach den Normen des Privatprozesses gerichtlich zu verfolgen.[3]) Die in den späteren

[1]) Strafrecht S. 768. — [2]) Strafrecht S. 811. — [3]) Strafrecht S. 770. 811.

Ordnungen begegnenden Fälle derartig verfolgbarer Kontraventionen[1]) im einzelnen zu erörtern ist hier nicht erforderlich.

3. Da das Specialgesetz die Buße, das heißt die Geldforderung des Staats, immer an einen bestimmten Tatbestand knüpft, so ist die Geltendmachung derselben notwendig bedingt durch Anstellung eines Civilprozesses und Verurteilung in demselben. Für die Behörde, bei der dieser Prozeß anzustellen ist, gelten die allgemeinen Regeln der Schuldforderung, wofern nicht das Specialgesetz darüber anders bestimmt, wie zum Beispiel im lucerinischen Haingesetz die Klage durch *manus iniectio pro iudicato* vorgeschrieben wird.[2]) In Rom also geht die derartige Klage an den Stadtprätor, in den Municipien an den Magistrat *iure dicundo,* sodann an das von dem Stadtprätor oder den Municipalbeamten niederzusetzende Schwurgericht, über dessen Zusammensetzung die Specialgesetze häufig besondere Bestimmungen geben. In allen uns genauer bekannten Einzelfällen entscheiden den Prozeß Recuperatoren und wird derselbe mehrfach auch sonst beschleunigt.

4. Einer Regulierung der Klägerrolle hat es zunächst nicht bedurft; derjenige Magistrat, welcher befugt war die Geldforderungen der Gemeinde geltend zu machen, war auch bei dieser bedingten von Rechts wegen zur Klaganstellung berufen. Indes ist im Interesse der geschädigten Gemeinde das Klagrecht in den Specialgesetzen schon früh weiter erstreckt worden, teils auf jeden Magistrat, also auch den zur Geldklage für die Gemeinden an sich nicht kompetenten[3]), teils sogar auf jeden zur Klaganstellung bereiten Bürger.[4]) Es kann nicht bezweifelt werden, daß die erstere Form, obwohl auch sie schon eine erweiterte ist, anfänglich vorgeherrscht hat[5]); die letztere aber, die allerdings auch

---

[1]) Aufzählungen, die nur exemplifikatorischen Wert haben, finden sich bei Bruns S. 314 fg. und in meinem Strafrecht S. 880 fg. — [2]) Strafrecht S. 177 A. 2. — [3]) Strafrecht S. 184 A. 1. Zwischen dieser Civilklage und dem magistratisch-comitialen Strafverfahren geben die Gesetze dem Beamten zuweilen die Wahl (Strafrecht S. 1005 A. 4). — [4]) Die Formel ist *qui volet.* — [5]) Für den Peculat gibt das ältere tarentinische Stadtrecht die Klage jedem Magistrat, das jüngere malacitanische jedem Bürger (Strafrecht S. 770 A. 4).

schon in früher Zeit begegnet[1]), beherrscht die spätere Rechtsentwicklung ausschließlich, und dies ist die *actio popularis* der Juristen, mit der wir uns hier zunächst beschäftigen. Wenn auf Grund dieser Vorschrift sich mehrere Personen als Kläger melden, so steht die Auswahl bei dem Prätor, wobei indes die bei der Sache näher beteiligten Personen bevorzugt werden.[2])

5. Den Strafbetrag fixiert für jeden Einzelfall das Specialgesetz, entweder, wie das wohl in den ältesten Fällen des Diebstahls und der Schädigung von Gemeindegut geschehen ist, durch Übernahme der privatrechtlichen Satzung oder durch specielle Normierung.[3]) Wo die Contravention sich dazu eignet, kann dabei, wie bei den analogen Privatdelikten, der Sachwert *(quanti ea res est)* oder das Interesse, sei es einfach, sei es in multiplarer Form zu Grunde gelegt werden, wobei dann die ziffermäßige Feststellung den Geschwornen obliegt. Wo dies Verfahren nicht vorgeschrieben ist, bestimmt das Strafgesetz eine beliebig bemessene feste Summe[4]), auf welche, ähnlich wie bei der Geldschuld, das Gericht bei gelungener Beweisführung zu erkennen hat. Die arbiträre

---

[1]) Den für uns ältesten urkundlichen Beleg für dieselbe gibt das lucerische Haingesetz (Strafrecht S. 177 A. 2). Indes die durch den Zinswucher hervorgerufene Civilklage (Strafrecht S. 849), welche gleichartig gewesen zu sein scheint, ist wahrscheinlich noch älter. — Auch hier geben die Gesetze zuweilen die Wahl frei zwischen dem magistratisch-comitialen Strafverfahren und der jedem Bürger freigestellten Civilklage (Strafrecht S. 177 A. 2. S. 811 A. 4). — [2]) Dig. 47, 12, 3 pr. tit. 23, 2. l. 3, 1. Indes auch eine gewisse Klaggemeinschaft kommt vor (Dig. 29, 5, 25, 2). Es gelten hier dieselben Regeln wie im Quästionenprozeß (Strafrecht S. 372). — [3]) Eine Modifikation tritt ein bei der gesetzlichen Popularklage wegen Gräberbeschädigung, insofern hier das Gesetz dem Errichter des Grabes die Fixierung der Buße freigibt (St.-R. 2 [3], 70). — [4]) Dies erstreckt sich selbst auf die in das prätorische Edikt aufgenommenen Popularklagen, jedoch mit Ausnahme der kulposen Verwundung des Freien. Während bei der Tötung die feste Strafe von 5000 Sesterzen eintritt, heißt es hier: *si vivet nocitumque ei esse dicetur, quantum ob eam rem aequum iudici videbitur eum cum quo agitur condemnari, tanti iudicium dabo* (Dig. 9, 3, 1 pr.) und fast wörtlich entsprechend in dem ädilicischen Edikt wegen Tötung durch wilde Tiere (Dig. 21, 1, 42). Anders wird natürlich verfahren, wenn der Interessierte klagt (Dig. 47, 12, 3 pr.).

Ästimation ist bei den öffentlichen Bußklagen so gut wie ganz ausgeschlossen.

6. Weitere Nachteile als die Verpflichtung zur Zahlung der Buße führt die Verurteilung in einem derartigen Prozeß an sich nicht herbei, es sei denn, daß er angestellt ward wegen einer auch im Privatprozeß entehrenden Handlung [1]), zum Beispiel wegen Diebstahls.[2])

7. Die Exekution nach erfolgter Verurteilung wird bei der magistratischen Klage die gleiche gewesen sein wie bei der inrogierten Mult: der Verurteilte hat entweder sofort zu zahlen oder genügende Sicherheit *praedibus praediisque* zu bestellen, widrigenfalls verfällt er dem Konkurs.[3]) Daß auch bei der Popularklage nicht dem obsiegenden Kläger, sondern dem die Gemeinde vertretenden Magistrat die Einziehung zusteht, sagen die Quellen ausdrücklich.[4]) Damit ist zugleich prinzipiell entschieden, daß der Kläger auch bei der Popularklage nicht für sich klagt, wie Bruns behauptet, sondern für die Gemeinde und der Strafbetrag dem Ärarium derselben zufällt. In der Tat genügt schon das zwischen der magistratischen und der popularen Bußklage bestehende Verhältnis zum Erweise dieses Satzes; denn wenn die Verwendung der Summe zum Besten der Gemeinde bei der magistratischen Klage unbestreitbar feststeht und dem obsiegenden Magistrat nur etwa wie bei den ädilicischen Comitialmulten ein freieres Verwendungsrecht zugestanden haben kann [5]), so läßt auch bei der wesentlich gleichartigen popularen der procuratorische Charakter sich nicht in Abrede

[1]) Strafrecht S. 993. — [2]) Irrig Bruns S. 328. — [3]) Strafrecht S. 1023. Dafür zeugt namentlich die genau bekannte Exekution im Repetundenprozeß, welcher aus der öffentlichen Bußklage hervorgegangen ist. — [4]) Tarentiner Stadtrecht Z. 34: *sei quis adversus ea faxit, quanti id aedificium fuerit, tantam pequniam municipio dare damnas esto eiusque pequniae [que]i volet petiti[o] esto. Mag(istratus) quei exegerit dimidium in publicum referto, dimidium in ludeis consumito.* Stadtrecht von Genetium c. 61: *colonisque* . . . HS *XX d(are) d(amnas) esto eiusque pecuniae cui volet petitio, II viro . . . . exactio iudicatioque esto,* wo allerdings das Wort *iudicatio* inkorrekt gesetzt ist und wohl angesehen werden muß als eine der vielen in diesem Text vorkommenden Interpolationen. — [5]) Dies begegnet auch hier bei der Peculatklage des tarentinischen Stadtrechts (A. 4; Strafrecht S. 1025).

stellen. Auch wird in den Digesten die wegen Verrückung eines Grenzsteins durch Popularklage erlangte Strafsumme ausdrücklich dem Ärarium zugesprochen.[1])

8. Damit ist es wohl vereinbar, daß bei diesen Bußklagen die Klägerbelohnungen in den einzelnen Strafgesetzen eine wesentliche Rolle gespielt haben. Nach Gaius[2]) wird gegen den, welcher durch vorzeitige Eröffnung des Testaments eines Ermordeten die Folterung der darin freigelassenen Sklaven unmöglich gemacht hat, eine *actio popularis* auf 10 000 Sesterzen gegeben, welcher Betrag zur Hälfte der Gemeinde, zur Hälfte dem Kläger zufällt. Unter den Verbrechen und Vergehen der Rechtsordnung der späteren Republik und der Kaiserzeit sind nicht wenige zwar nicht ausdrücklich als popular bezeichnete, aber dem Wesen nach populare, wie zum Beispiel das Plagium[3]), mit öffentlichen Geldstrafen belegt, von denen ein Teil dem Ankläger zukommt. Da bei den popularen Interdikten niemals von Ablieferung der Strafgelder an die Gemeinde gesprochen wird, so mögen diese wohl allgemein dem Kläger für seine Bemühung zugefallen sein. — Ebenso wird bei der vorher erwähnten (S. 8 A. 2) durch *manus iniectio pro iudicato* geschärften Popularklage der Kläger vermutlich das Strafgeld behalten haben, da nicht recht abzusehen ist, wie in einen also von einem Privaten begonnenen Prozeß die magistratische Exekution hat eingreifen können. — Daß bei der prätorischen Popularklage wegen Gräberverletzung, welche zunächst dem bei der Sache Interessierten, in Ermangelung eines solchen aber jedem Bürger gegeben wird, die Strafsumme wie in dem ersten, so auch in dem zweiten Fall dem Kläger zu gute kommt, ist von Bruns sicher mit Recht angenommen worden.[4]) Bei der schlechthin popularen Klage wegen Gräberverletzung, welche neben dieser prätorischen nur eventuell popularen in Lokalstatuten und wahrscheinlich auch in römi-

[1]) Dig. 47, 21, 3 pr.: *(lex quam Gaius Caesar tulit) in terminos singulos .... quinquaginta aureos in publico dari iubet et eius actionem petitionem ei qui volet esse iubet.* Dies ist das bei den Gromatikern teilweise erhaltene Ackergesetz Cäsars (Bruns *fontes* [6] p. 96). — [2]) Dig. 29, 5, 25, 2; Strafrecht S. 508. — [3]) Strafrecht S. 782. — [4]) Bruns S. 338; mein Strafrecht S. 814.

schen Volksschlüssen angeordnet war, werden ausdrücklich Delatorenprämien erwähnt.[1]) Auch von den andern prätorischen Popularklagen, die in das justinianische Recht übergegangen sind, wegen kulposer Tötung oder Verwundung eines Freien[2]), wegen drohender Schädigung durch Stoß und Fall[3]) und wegen Beschädigung des prätorischen Album[4]) wird dies für das justinianische Recht einzuräumen sein[5]), da dies von der Abführung der Strafgelder an das Ärarium schweigt und bei ihnen allen ein öffentliches Interesse obwaltet die Anstellung solcher Prozesse zu fördern. Wären unsere Quellen ausgiebiger, so würden sie vermutlich noch zahlreiche gleichartige Klägervergünstigungen aufzeigen; von dem uneigennützigen Patriotismus hat das römische Strafrecht der späteren Republik und der Kaiserzeit gewiß mit Recht wenig erwartet. Aber mag auch die vollständige Abführung dieser Strafgelder an den Staat späterhin praktisch die Ausnahme gewesen sein, das Prinzip wird dadurch nicht erschüttert, daß, wo das Specialgesetz nicht anders bestimmt, die öffentliche Buße dem Staat zufällt.

[1]) Staatsrecht 2[3], 70. — [2]) Bruns S. 341; mein Strafrecht S. 836. Auch diese Klage wird zunächst dem näher Interessierten gegeben. — [3]) Bruns S. 343; Strafrecht S. 839. — [4]) Bruns S. 343; Strafrecht S. 672 A. 6. — [5]) Strafrecht S. 507.

II.

Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest.

Von

Herrn Professor **Dr. Schloßmann**

in Kiel.

I.

Die alte regula iuris: 'Nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest', die in den Quellen verhältnismäßig häufig und in den verschiedenartigsten Zusammenhängen, in Responsen und Reskripten, in theoretischen, praktischen, kasuistischen Erörterungen und Entscheidungen erwähnt wird, ist, obwohl vielfach und bis in die neueste Zeit hinein in unserer Literatur besprochen, doch, wie ich glaube, noch nicht in befriedigender Weise erklärt. Die Meinungen über ihren Inhalt und ihre Tragweite gehen erheblich auseinander, und über das ihr zu grunde liegende Motiv ist so gut wie nichts ermittelt.

Den meisten Anklang hat bisher die von Savigny[1]) verteidigte Ansicht gefunden, daß durch die Regel den Besitzern oder Inhabern von Sachen eines andern die Möglichkeit verschlossen werden sollte, nach dessen Tode ihren Besitz in eine possessio pro herede umzuwandeln und die Sache pro herede zu usukapieren; während andere dem Satze eine erheblich umfassendere Tragweite zuschreiben, indem sie, wie namentlich Jhering, und vor ihm schon Schirmer, ganz allgemein jede Veränderung des Cha-

---

[1]) Das Recht des Besitzes (5. Aufl.) S. 56 ff. (Rudorffsche Ausg. S. 82 ff.)

rakters des Besitzes und der Detention einer fremden Sache durch den Willen des Besitzenden, insbesondere die Unterschiebung irgend eines andern Besitztitels als durch die Regel ausgeschlossen ansehen und in ihr den Ausdruck der Anschauung finden wollen, daß die rechtliche Bedeutung des Besitzes lediglich durch objektive Momente und nicht durch die Willensrichtung des Besitzers bestimmt werde.[1])

Es soll eine unmittelbare Kritik an diesen sich gegenüberstehenden Ansichten hier nicht geübt werden. Die Unrichtigkeit beider wird sich aus einer Untersuchung der Quellen und der von den römischen Juristen über unsere Regel geäußerten Ansichten ergeben. Jene beiden sich widerstreitenden Ansichten finden sich schon bei römischen Juristen vertreten, und es trifft die bisherige rechtsgeschichtliche Forschung der Vorwurf, jene Meinungsverschiedenheit unter den Römern übersehen und sich bald der einen, bald der andern Auffassung angeschlossen zu haben, ohne sich über die Gründe des Widerstreits Rechenschaft zu geben und sich für eine von ihnen unter Widerlegung der andern zu entscheiden oder eine von beiden verschiedene Erklärung des Satzes zu geben.

Vor allem dürfte es deshalb vonnöten sein, unter Berücksichtigung des gesamten Quellenmaterials zu ermitteln, wie die römischen Klassiker und die Räte Diokletians, in dessen Reskripten der Satz noch zweimal auftritt, ihn verstanden und verwendet haben.

Unbestritten entstammt unsere Regel der Zeit der Republik. Sie wird als ein Satz der 'veteres' bezeichnet; auch die fast stereotype Fassung, in der sie in den Quellen überall auftritt, läßt uns in ihr eine jener alten regulae

---

[1]) Vgl. Jhering, Der Besitzwille S. 359 ff., Schirmer, Ztschr. f. Civ.R. u. Proz. NF. XI S. 433. Für eine allgemeine Anwendbarkeit des Satzes und gegen Savigny vgl. auch Pernice, Labeo II S. 192 f. und wohl auch Bekker, Das Recht des Besitzes S. 200 f., ferner Fr. Klein, Sachbesitz und Ersitzung S. 439 ff. Über andere, aber einer Widerlegung nicht weiter bedürftige Meinungen vgl. Klein a. a. O. S. 439 Anm. 57. 59. S. 441 A. 61. Unbefriedigend sind auch die Bemerkungen von Graf v. Piniński, Der Thatbestand des Sachbesitzerwerbs II S. 98 f.

iuris erkennen, wie sie, in nicht geringer Zahl von der alten Jurisprudenz geprägt, als geflügelte Worte in Theorie und Praxis zu einem Ansehen, ähnlich dem von Gesetzen, gelangt sind.[1])

Die Regel scheint bei den veteres gelautet zu haben: 'nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest'. In dieser Form erwähnt Paulus sie (l. 3 § 19 de poss. 41, 2) als 'praeceptum veterum', und ebenso als 'quod vulgo respondetur' Julianus (l. 33 § 1 de usurp. 41, 3) an der Stelle, an der er sie ex professo bespricht; in derselben Fassung zitiert sie Julianus bei Ulpianus in l. 6 § 3 de prec. 43, 26, Paulus l. 1 § 2 pro don. 41, 6 und Papinianus l. 10 si pars her. 5, 4. — Ohne das Wort 'ipse' findet sie sich bei Celsus l. 18 pr. de a. v. a. poss. 41, 2, bei Julianus l. 2 § 1 pro her. 41, 5, bei Pomponius l. 5 de prec. 43, 26, bei Venuleius l. 22 eod., bei Paulus l. 3 § 20 de a. v. a. poss. 41, 2 und l. 2 § 21 pro empt. 41, 4 und endlich in c. 5 de poss. 7, 32. In c. 23 de loc. 4, 65 lautet sie: 'nemo sibi iure possessionem mutare potest'. Doch ist das Wort 'iure' hier vielleicht in 'ipse' zu emendieren. Daß die Fassung 'nemo ipse etc.' die Tendenz der regula schärfer zum Ausdruck bringt, als die Fassung ohne 'ipse', wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben, wenngleich sie auch aus der Fassung ohne 'ipse' zur Genüge erhellt.

Die Stellen, in denen wir der regula begegnen, lassen sich in drei Gruppen scheiden: 1. in solche, in denen der Satz rein theoretisch erwähnt wird, bald ohne weiteren Zusatz,[2]) bald mit dem Versuch einer näheren Bestimmung seiner Bedeutung;[3]) 2. in solche, in denen die Frage seiner Anwendbarkeit in bezug auf konkrete praktische oder ersonnene typische Fälle aufgeworfen, aber verneint wird;[4])

[1]) cf. l. 19 § 1 de a. v. o. p. 41, 2 (Marcellus lib. XVII Dig.) Quod scriptum est apud veteres ... l. 3 § 19 de poss. 41, 2 (Paulus l. LIV ad edict.): praeceptum veterum ... l. 2 § 1 pro her. 41, 5. l. 33 § 1 de usurp. 41, 3 (Julianus l. XLIV Dig.) Quod vulgo respondetur ... — [2]) Paulus l. LIV ad edict. l. 3 § 18 de a. v. a. poss. 41, 2. — [3]) Julianus l. XLIV Dig. l. 33 § 1 de usurp. 41, 3 l. 2 § 1 pro her. 41, 5. Marcellus l. XVII Dig. l. 19 § 1 de a. v. a. poss. 41, 2. — [4]) Cassius (bei Paul. lib. LIV ad edict.) l. 1 § 2 pro don. 41, 6. Celsus lib. XXIII Dig. l. 18 pr. de poss. 41, 2. Julianus (bei Paulus l. c.) l. 2

3. in solche, in denen die Entscheidung eines praktischen Falles durch Berufung auf die Regel begründet wird.[1])

Von Wichtigkeit für die Bestimmung der Bedeutung unseres Satzes in der Zeit der klassischen Jurisprudenz wie auch noch Diokletians ist die Beobachtung, daß einmal fast überall, wo nach seiner Anwendbarkeit auf praktische Fälle gefragt wird, die Juristen zu verneinender Antwort gelangen; daß ferner da, wo eine Entscheidung auf ihn gestützt wird, seine Anwendung als unzutreffend erscheint, und daß endlich die beiden Juristen — Julianus und Marcellus —, die seinen Inhalt theoretisch zu bestimmen bemüht sind, zu untereinander abweichenden Ergebnissen gelangen. Schon aus diesen Erscheinungen läßt sich — was später eingehend bewiesen werden soll — mit Bestimmtheit schließen, daß die Regel in dieser Zeit nicht mehr der allgemein verstandene Ausdruck einer lebendigen Rechtsanschauung war, sondern sich nur noch gleichsam als ein fossiles Überbleibsel der alten Jurisprudenz erhalten hat. Bei dem Ansehen, das solche althergebrachten Schlagworte zu genießen pflegten, fühlten sich die klassischen Juristen bei jeder Gelegenheit, bei der ein konkreter Tatbestand auch nur entfernt an die Möglichkeit seiner Anwendbarkeit denken ließ, sich zur Vorsicht aufgefordert, sich ja nicht gegen ihn zu vergehen, — ganz ähnlich wie wir es bei der alten regula iuris: 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest' wahrnehmen.[2]) Dabei war aber gewiß neben der Achtung, die man einem Satze der veteres durch seine Erwähnung zu erweisen sich gedrungen fühlte, die praktische Rücksicht entscheidend, der Gefahr einer fehlgehenden Rechtsanwendung durch Laienrichter, die sich durch solche landläufigen Sätze ('volgo dicta') auch an unpassender Stelle, wo immer

---

§ 21 pro empt. 41, 4 (bei Ulpian lib. LXXI ad edict.) l. 6 § 3 de prec. 43, 26. Pomponius lib. XXIX ad Sabinum l. 5 eod. Venuleius lib. III interdict. l. 22 eod. Papinianus lib. VI quaest. l. 10 si pars her. 5, 4. Paulus lib. LIV l. 3 § 20 de poss. 41, 2.

[1]) Celsus (bei Paulus lib. LIV ad edict.) l. 2 § 14 pro empt. 41, 4. Pomponius (bei Paulus eod. l.) l. 2 § 12 eod. Dioclet. et Maxim. c. 23 de loc. 4, 65. c. 5 de poss. 7, 32. — [2]) Vgl. meinen Besitzerwerb durch Dritte S. 57 ff. Die Lehre von der Stellvertretung II S. 202 ff.



sie dem äußeren Anscheine nach zutrafen, wohl leicht in ihrem Urteile bestimmen ließen, durch ausdrückliche Betonung ihrer, für den Berufsjuristen ohne weiteres evidenten Unanwendbarkeit vorzubeugen.

Nicht eine lebendige Tradition, sondern gelehrte Erwägungen sind es deshalb, mittelst deren jene beiden Juristen den Sinn der Regel zu bestimmen suchen. Wir haben zunächst ihre Ausführungen einer Prüfung zu unterziehen.

Am eingehendsten ist die von Julianus vorgenommene Analyse.

> L. XLIII digestorum l. 33 § 1 de usurp. 41, 3: 'Quod vulgo respondetur ipsum sibi causam possessionis mutare non posse totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere et lucri faciendi causa inciperet possidere: idque per haec probari posse. si quis emerit fundum sciens ab eo, cuius non erat, possidebit pro possessore: sed si eundem a domino emerit, incipiet pro emptore possidere, nec videbitur sibi ipse causam possessionis mutasse. idemque iuris erit etiam, si a non domino emerit, cum existimaret eum dominum esse. idem hic si a domino heres institutus fuerit vel bonorum eius possessionem acceperit, incipiet fundum pro herede possidere. hoc amplius si iustam causam habuerit existimandi se heredem vel bonorum possessorem domino extitisse, fundum pro herede possidebit nec causam possessionis sibi mutare videbitur. cum haec igitur recipiantur in eius persona, qui possessionem habet, quanto magis in colono recipienda sunt, qui nec vivo nec mortuo domino ullam possessionem habet? et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere.

Bevor wir auf Julians Gedankengang näher eingehen, bedarf es einer kritischen Untersuchung der Stelle.

'Totiens verum est, quotiens quis sciret, se bona fide non possidere' heißt es in der Stelle. So kann Julianus unmöglich geschrieben haben. Die Worte sind ganz sinnlos! Die regula soll dann Anwendung finden, wenn jemand weiß, daß er in gutem Glauben nicht besitze. Denn nach

seiner Stellung ist das 'non' auf 'possidere' und nicht etwa auf 'bona fide' zu beziehen. Nun kann man zwar in gutem Glauben besitzen, oder nicht in gutem Glauben besitzen; man kann aber nicht in gutem Glauben nicht besitzen. Nähmen wir nun aber auch an, das 'non' sei auf irgend eine Weise an die unrichtige Stelle geraten, und setzten es vor 'bona fide', so müßte es wiederum höchst anstößig erscheinen, daß nicht schlechtweg Vorhandensein eines unredlichen Besitzes, sondern das Wissen des Besitzers von seiner Unredlichkeit eine der tatsächlichen Voraussetzungen für die Anwendbarkeit der Regel bilden soll. Die mala fides besteht ja doch immer in dem Wissen gewisser Dinge. Wie sonderbar aber, wenn Julianus sich nicht mit dem Vorhandensein des Wissens dieser Dinge begnügt, sondern auch noch gefordert haben sollte, daß der Besitzer um dieses sein Wissen gewußt habe; denn es ist ja natürlich, daß, wenn ich etwas weiß, ich auch weiß, daß ich es weiß! Zu einem solchen Wissen vom eigenen Wissen wird jemand aber niemals von selbst gelangen, sondern nur auf Grund einer besonderen nach dieser Richtung angestellten kritischen Beobachtung seines eigenen Bewußtseinzustandes oder einer von einem anderen mit ihm angestellten Prüfung. Und eine so komplizierte psychologische Tatsache sollte ein römischer Jurist für den Tatbestand einer Rechtsregel in Rechnung gezogen haben? Warum dann nicht gleich das Wissen von dem Wissen vom Wissen oder ein n-fach potenziertes Wissen vom eigenen Wissen? In den Basiliken heißt es deshalb auch an der entsprechenden Stelle (L. 3, 31):

Ἐκεῖνος οὐ δύναται νομῆς αἰτίαν ἀλλάττειν ὁ κακῇ πίστει νομεὺς καὶ διὰ κέρδος βουλόμενος ἐναλλάξαι.

Und wenn wir hier den Basiliken einfach folgten, so müßten wir annehmen, daß auch Julianus geschrieben habe: 'quotiens quis non bona fide possideret'. Aber es liegt wohl die Annahme nahe, daß auch der Text der Basiliken bereits auf einer von ihren Verfassern oder den Verfassern der indices, aus denen sie schöpften, vorgenommenen Emendation des auch ihnen schon unverständlich erschienenen Digestentextes beruht. Denn es ist nicht erfindlich, wie die Worte 'sciret se — possidere' in alle uns überlieferten Handschriften ge-

kommen sein, die den indices zu grunde liegenden aber ganz anders gelautet haben sollten. Vielleicht lautete der Julianische Urtext: quotiens 'quis sciret, se bona non possidere' oder: 'se bonorum possessorem non esse'. Vielleicht hat im ersten Falle ein Kompilator hinter 'bona' das Wort 'fide' eingefügt, oder — im zweiten Falle die Sigle 'b. p.', für p. versehentlich f. lesend, in 'bona fide' aufgelöst und dann statt des nun nicht passenden 'esse' das Wort 'possidere' gesetzt. Als den von Julianus geforderten Tatbestand der Regel hätten wir uns alsdann zu denken: es hat jemand fremde Sachen, die zu einer Erbschaft gehören, in Händen und faßt, obwohl er keinen Anlaß hat, sich für den bonorum possessor zu halten, und obwohl er weiß, daß er es nicht ist, den Entschluß, die Sachen zu behalten, in der Hoffnung, durch einjährigen Besitz das Eigentum zu erlangen. Bei dieser Emendation würde der nach ihr sich ergebende Tatbestand das genaue Gegenstück zu dem im folgenden von Julianus erwähnten, auch rechtlich von ihm in entgegengesetzter Weise behandelten Falle bilden: 'hoc amplius, si iustam causam habuerit existimandi se — — bonorum possessorem domino extitisse — — —'. Julians Gedankengang wäre demnach folgender gewesen. Hat der Besitzer einer fremden Sache nach dem Tode des Eigentümers guten Grund, sich für dessen Erben oder bonorum possessor zu halten (z. B. weil der von ihm zur Erbittung der bonorum possessio Beauftragte ihm wahrheitswidrig mitgeteilt hatte, er habe den Auftrag ausgeführt und die bonorum possessio sei ihm erteilt worden), so usukapierte er die Sache durch einjährigen Besitz; weiß er dagegen, daß er nicht bonorum possessor sei, so kann er nicht usukapieren. Wäre dies möglich gewesen, so würde, falls er die Sache in der Absicht, sie sich durch lucrativa usucapio zu eigen zu machen, behielte, dies als ein Fall wirksamer einseitiger mutatio causae possessionis haben bezeichnet werden können. Da es ausgeschlossen ist, so konnte man hier sagen: 'sibi ipse causam possessionis mutare non potest'. Wie nun Julianus weiter zu beweisen versucht, daß jenes der einzige Fall einseitiger mutatio causae possessionis sei, und daß der Sinn der regula: 'nemo sibi ipse etc.' sich in der Aus-

schließung dieser mutatio c. p. erschöpfe, davon später. Wie dem auch immer sei, so wird Julianus jedenfalls auf einen Fall hingewiesen haben, in dem dem Besitzer ein Usukapionstitel nicht zur Seite stand, und hat er den Zweck der regula darin gesehen, daß ein solcher Besitzer nicht nach seinem Belieben eine usucapio lucrativa selber beginnen könne.

Diesen Inhalt konnte Julianus natürlich aus den Worten der Regel weder unmittelbar noch mittelbar entnehmen. Er gründet seine Behauptung vielmehr in rein rationalistischer Weise auf eine Schlußfolgerung ('idque per haec probari posse'), und zwar durch Ausschließung: er führt verschiedene Fälle an, in denen für einen bereits bestehenden nicht titulierten Besitz nachträglich unter Mitwirkung des Herrn eine ihn rechtfertigende causa beschafft wurde und zweifellos eine ordentliche Ersitzung zugelassen werden müsse, sodaß an eine Anwendung der Regel 'nemo sibi ipse etc.' nicht gedacht werden könne. Nimmt man nun, was offenbar Julians Gedanke ist, an, daß die Fälle, deren Unterstellung unter den zu erklärenden Satz vielleicht denkbar wäre, mit den von ihm aufgezählten erschöpft seien, so bliebe in der Tat der von ihm im Eingange erwähnte, falls die Regel für ihn zuträfe, allein als Tatbestand der Regel übrig.

Die Ansicht Julians hält nun sowohl, was die Bestimmung des Inhalts betrifft, als auch hinsichtlich seiner Beweisführung der Kritik nach keiner Richtung hin stand.

Folgendes ist gegen Julians Ansicht einzuwenden.

1. Die feststehende und überall wiederkehrende Fassung unserer regula enthält nicht die entfernteste Hindeutung auf eine Beziehung oder gar eine ausschließliche Beziehung unseres Satzes auf den von Julian ihm untergelegten Tatbestand. Es ist nicht glaublich, daß die alten Juristen, deren regulae sonst die höchste Prägnanz zu zeigen pflegen, hier das punctum saliens sorgfältig verborgen gehalten hätten.

2. Der Satz 'nemo — — potest' bezeichnet hier, wie auch in andern ähnlich konstruierten regulae iuris (z. B. 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest;[1]) condicio nostra per alium deterior fieri non potest;[2]) idem

[1]) Vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 194f. — [2]) Vgl. ebenda S. 210ff.

ex parte testatus, ex parte intestatus decedere non potest;[1]) 'bonae fidei contractus rescindi non potest')[2]) offenbar eine rechtliche Unmöglichkeit, eine Versagung der rechtlichen Folge für einen Tatbestand. Er besagt, daß ein Wollen oder Handeln einer Person, das darauf abzielt, einem für sie bestehenden Besitz einer Sache eine andere causa, als die ist, auf Grund deren er erworben ward, unterzuschieben, ohne rechtliche Wirkung, die rechtliche Situation also nach Maßgabe der ursprünglichen causa zu beurteilen sei.

Diese Bedeutung vorausgesetzt, haben wir für den von Julianus unterstellten Tatbestand zwei Möglichkeiten zu unterscheiden.

a) Der Besitzer oder Detentor der fremden Sache faßt nur den Entschluß, die Sache fortan pro herede zu besitzen, um sie zu usukapieren,[3]) ohne ihn aber durch irgendwelche Handlungen erkennbar zu betätigen. Dieser bloßen veränderten Willensrichtung würde die Wirkung in Rücksicht auf eine usucapio pro herede gewiß ebenso zu versagen gewesen sein, wie in dem bloßen Beschluß eines Depositars, Kommodatars oder Mieters, die Sache für sich zu behalten, ohne eine tatsächliche contrectatio, ohne ein 'loco movere' ein furtum und ein das bestehende Besitzverhältnis veränderndes Moment nicht gefunden werden kann.[4]) Tatsachen — Worte oder Handlungen —, welche die Absicht, die fremde Sache sich anzueignen, wenn auch noch so wahrscheinlich machen, würden doch jene Absicht niemals mit voller Gewißheit erweisen; — z. B. die gegen Dritte getane Äußerung, er habe die Sache gar nicht, oder er denke nicht daran, sie jemals herauszugeben, oder die Sache gehöre ihm; und mit Recht würden deshalb wie nach heutigem, so auch nach römischem Rechte die zivil-

---

[1]) Pompon. lib. III ad Sab. l. 7 de R.J. 50, 17. § 5. Inst. de her. inst. 2, 14. — [2]) cf. Symmachi ep. II, 87: 'Vox iuris ac legum est etc.' Dazu meine Lehre vom Zwange S. 87 Anm. 118. — [3]) Daß übrigens der Wille zu usukapieren, wie er von Julianus in l. 33 § 1 cit. in den Worten 'et lucri faciendi causa inciperet possidere', weder ein Tatbestandsmoment der usucapio pro herede noch der regelmäßigen Usukapion gebildet haben kann, das braucht hier nicht weiter ausgeführt zu werden. — [4]) cf. l. 3 § 18 de a. v. a. p. 41, 2 (Paulus lib. XLIV ad edict. und die von ihm zitierten Juristen Sabinus und Cassius).



rechtlichen wie die strafrechtlichen Folgen von Diebstahl und Unterschlagung hier auszuschließen sein. Die Unmöglichkeit der lucrativa usucapio würde daher in solchen Fällen schon aus dem Grunde selbstverständlich sein, weil eine mutatio causae possessionis überhaupt nicht erweislich ist, und sie könnte darum auch nicht auf den Satz 'nemo ipse sibi causam possessionis mutare potest' gegründet werden. Diesen Fall kann also Julianus entweder nicht im Auge gehabt haben, oder wenn er an ihn dachte, so war es unrichtig, die regula auf ihn zu beziehen.

b) Der Besitzer oder Detentor einer Erbschaftssache hat eine Kontrektation an ihr vorgenommen (z. B. die ihm in Verwahrung gegebene nach dem Tode des Deponenten in Gebrauch genommen, das gepachtete Grundstück für eigene Rechnung bewirtschaftet, das ihm geliehene Fuhrwerk vermietet und den Fuhrlohn für sich verbraucht u. ä.). Wenn man, wie Julianus in l. 2 § 1 pro her. 41, 5 [1]) ausdrücklich tut, auch dem Detentor eine possessio im Sinne unserer regula zuschreibt, und wenn ferner der Detentor durch eine solche contrectatio zweifellos einen Besitz an der Sache erlangt, der nicht mehr auf demselben Fundament, wie seine bisherige (naturalis) possessio, sondern auf einer anderen causa ruht —, denn in gewissem Sinne ist auch die widerrechtliche Aneignung als eine causa possessionis zu bezeichnen und von den Römern als solche angesehen worden; [2]) — wenn endlich die so vor sich gegangene mutatio causae von seiten des Besitzers der Sache einseitig erfolgt, von ihm selbst ('ipse') ausgegangen ist, so ist nicht einzusehen, warum dieser mutatio rechtliche Erheblichkeit für eine usucapio pro herede abgesprochen werden sollte, da doch jeder beliebige Dritte, der zu der Sache in gar keiner Beziehung stand, durch willkürliche Aneignung und einjährigen Besitz sie sich zu eigen machen konnte. Was Unterholzner [3]) als Grund einer schlechteren Behandlung des ungetreuen Deposi-

[1]) Quod volgo respondetur, neminem causam possessionis sibi mutare posse, sic accipiendum est, ut possessio non solum civilis sed etiam naturalis intellegatur — — —. — [2]) Vgl. Pernice, Labeo II S. 193. — [3]) Ausführl. Entwicklung der ges. Verjährungslehre bearb. von Schirmer I S. 337.



tars, Kommodatars, colonus u. s. w. anführt: — derjenige, der eine ihm geborgte oder bei ihm hinterlegte Sache durch usucapio pro herede erwerben wolle, lasse sich eine ganz besondere Untreue zu schulden kommen, indem er gerade die Verpflichtung habe, darüber zu wachen, daß nicht ein Dritter sich einer solchen Sache bemächtige, — ist nicht stichhaltig. Nirgends wird sonst im römischen Rechte Unterschlagung als ein schwereres Vergehen als der Diebstahl behandelt, und auch für das seit Marc Aurel hier in Betracht kommende crimen expilatae hereditatis dürfen wir wohl annehmen, daß das Behalten anvertrauter Sachen nicht schlimmere Folgen als die Aneignung von Sachen aus dem Sterbehause nach sich gezogen haben werde. Weshalb also sollte man für die lucrativa usucapio hier mit verschiedenen Maßen gemessen haben? Allerdings sagt Julianus lib. XLIV Dig., [1]) es sei respondiert worden, daß Pächter, Depositare und Kommodatare nicht pro herede usukapieren könnten. Aber er sagt nicht, daß die Responsen — es kann vielleicht auch nur ein einziges gewesen sein — durch den Satz 'nemo sibi ipse etc.' begründet worden seien; er berichtet auch nicht von einer ständigen Praxis oder einem 'placuit', 'receptum est', usucapere non posse. Und die Responsen können auch vielleicht nur den Inhalt gehabt haben, daß ein Pächter, Depositar u. s. w, dem die Sache erst nach Jahresfrist mittelst hereditatis petitio abgefordert wurde, sich nicht hinterher darauf berufen könne, daß er darum, weil er die Sache nach dem Tode des Erblassers ein Jahr lang innegehabt, nach dem Rechte der usucapio pro herede Eigentümer geworden sei, auch wenn er dabei etwa behauptete, er habe nach dem Tode des Herrn den Entschluß gefaßt, die Sache für sich zu behalten, — was ja nach dem oben unter a (S. 21) Ausgeführten in der Tat rechtlich bedeutungslos gewesen wäre.

Auch unter der Voraussetzung einer contrectatio also wäre die Beziehung der regula auf die usucapio pro herede unrichtig.

Die ganze Ausführung des Julianus macht in hohem

---

[1]) l. 2 § 1 pro her. 41, 5.

Grade den Eindruck des Gezwungenen und Geschraubten. Daß wir es hier mit einer diesem Juristen eigentümlichen Ansicht zu tun haben, geht daraus hervor, daß wir bei keinem anderen Juristen der Beschränkung unserer regula auf den Fall der usucapio lucrativa begegnen. Und auch Julianus selbst hat offenbar nicht recht an seine Behauptung geglaubt. Denn auch abgesehen von den Fällen, auf die er zum Beweise seiner Ansicht über die Bedeutung der regula unter Hinweis auf deren Unanwendbarkeit in ihnen Bezug nimmt, zieht er wiederholt in Fällen, in denen nicht die usucapio pro herede, sondern die gewöhnliche usucapio in Frage steht, den Satz 'nemo sibi ipse etc.' in Betracht, allerdings jedesmal, um seine Anwendbarkeit zu verneinen,[1]) aber doch nicht etwa mit der Begründung, daß der Satz sich nicht auf die gewöhnliche, sondern nur auf die lucrativa usucapio beziehe.

3. Wenn man gegen das soeben gegen Julianus geltend gemachte Argument einwenden wollte, daß wir von der usucapio pro herede zu wenig wüßten, um das, was ein römischer Jurist, der sie doch noch — wenigstens in ihrer jüngeren Gestalt — als ein geltendes Institut erlebt hat, über sie aussagt, anzweifeln zu dürfen, so würde doch der auf Exklusion sich gründende Beweis des Julianus nur dann zutreffen, wenn wirklich seine Aufzählung der Fälle, in denen an ein 'ipsum sibi mutare causam possessionis' wenigstens prima facie gedacht werden könnte, erschöpfend wäre. In Wahrheit hat aber Julianus einen in diese Reihe gehörigen Fall außer acht gelassen, und gerade dieser ist es, auf den die regula, wie ich meine, sich ursprünglich allein oder hauptsächlich bezogen hat. Dieser Fall wird deshalb später den Gegenstand näherer Erörterung zu bilden haben. Es wird nicht als Vermessenheit angesehen werden dürfen, wenn ein Heutiger es unternimmt, einem römischen Juristen einen Irrtum über sein eigenes Recht nachzuweisen. Die Fälle, in denen ein römischer Jurist von den Neueren eines Irrtums über sein eigenes Recht oder in der Begründung eines Rechtssatzes oder einer auch richtigen Ent-

---

[1]) cf. l. 6 § 3 de prec. 43, 26, l. 2 § 21 pro empt. 41, 4.

scheidung überführt worden ist, gehören ja auch sonst bekanntlich nicht gerade zu den Seltenheiten.[1])

II. Wie bei Julianus, so erscheint auch bei Marcellus die regula 'nemo sibi ipse etc.' als ein Satz, dessen Sinn nicht ohne weiteres aus seinem Wortlaut zu entnehmen oder in der Praxis feststehend war, sondern erst durch Reflexion ermittelt werden muß.

Im 17. Buche seiner Digesten[2]) sagt Marcellus

> Quod scriptum est apud veteres, neminem sibi causam possessionis posse mutare, credibile est de eo cogitatum, qui et corpore et animo possessioni incumbens hoc solum statuit, ut alia ex causa id possideret, non si quis dimissa possessione prima eiusdem rei denuo ex alia causa possessionem nancisci velit.

Der Jurist bezeichnet es also als 'credibile', daß die veteres bei Aufstellung der regula an den Fall gedacht haben, wenn jemand eine Sache corpore et animo auf Grund einer bestimmten causa besitzt und hinterher beschließt ('statuit'), die ununterbrochen in seinem Besitz verbliebene Sache fortan auf Grund einer anderen causa zu besitzen. Beispiele dieser Art führt Marcellus nicht an; aber nach ihm würden wir an den Fall zu denken berechtigt sein, daß jemand, der eine Sache auf Grund eines Kaufes erlangt hat, beschließt, sie wie ein Beschenkter, oder daß der Faustpfandgläubiger sich vornähme, sie als Okkupant zu besitzen u. ä.

In dieser Erläuterung der Regel wird man jedoch nur einen Ausfluß rein doktrinärer Spekulation sehen können und einen neuen Beweis für die oft gemachte Beobachtung, wie groß die Kluft ist zwischen der Genialität der römischen Klassiker in der praktischen Würdigung konkreter Fälle und ihrer Befähigung für abstrakte juristische Reflexion und rechtsgeschichtliche Betrachtung. Wie kann denn ein Mensch von gesunden Sinnen, wenn er auf Grund eines Kaufes oder

[1]) Einen solchen Irrtum in der Begründung richtiger Entscheidungen glaube ich z. B. auch gerade dem Julianus in meiner Lehre von der Stellvertretung II S. 283 ff. nachgewiesen zu haben, wenn anders es sich nicht etwa dort nur um eine lediglich auf Laienrichter berechnete Argumentation handelte. a. a. O. S. 288. — [2]) l. 19 § 1 de a. v. a. poss. 41, 2.



einer Schenkung oder als Erbe oder als Pfandgläubiger eine Sache in seinen Besitz bekommen hat, plötzlich den Entschluß fassen, diese Sache fortan nicht mehr als gekaufte, sondern als geschenkte, nicht mehr als Erbe, sondern als Okkupant u. s. w. zu besitzen? Auch wenn der Besitzer der fremden Sache etwa ein angemessenes Äquivalent für sie in das Vermögen des Eigentümers zu bringen entschlossen wäre oder gebracht hätte (z. B. durch Zusendung des entsprechenden Geldbetrages an den Herrn, oder indem er ihn in die von ihm verwaltete Kasse legte), könnte er, falls er nicht an dessen Zustimmung zu glauben Grund hatte,[1]) unmöglich den Entschluß fassen, die Sache ex causa venditionis zu besitzen. Dem Hypnotisierten höchstens könnte also ein solcher animus suggeriert werden, und auch dann könnte man nicht sagen: 'ipse sibi causam possessionis mutavit'.

Unmöglich aber konnte die regula etwas betreffen, was kein Mensch je wollen und denken wird, und das, was, wenn jemand wirklich auf die sonderbare Idee, es zu wollen, kommen sollte, ganz selbstverständlich ohne rechtliche Bedeutung wäre, noch ausdrücklich als bedeutungslos erklären wollen. —

In der Kritik der Ansichten von Julianus und Marcellus ist zugleich die der Savignyschen und der Jheringschen enthalten. Denn jene deckt sich mit der Erklärung Julians und diese mit der des Marcellus, wenn dieser auch seine Erläuterung nicht mit solchen abstrakten Reflexionen, wie Jhering sie hier anstellte, begleitet.

II.

Trotzdem Julian und Marcellus uns für das Verständnis unserer regula nichts Positives zu bieten vermögen, so zeigen sie uns doch wenigstens die Fehler, die ein Versuch, unabhängig von ihnen dem Sinn der Regel auf die

[1]) Vgl. über diesen Fall Binding, Lehrb. des gem. deutschen Strafrechts, Besonderer Teil I (1902) S. 274. Indes meine ich, daß der Glaube an die Einwilligung des Eigentümers nicht in der Gewährung des Gegenwertes allein wurzeln kann, sondern durch die Voraussetzung anderer Umstände (z. B. die Annahme, daß er die Sache feil habe, daß er geldbedürftig sei u. s. w.) begründet sein muß.



Spur zu kommen, vermeiden muß. Die Kritik der Ansicht des Julian zeigte uns, daß die Beschränkung der Regel auf einen so engen Tatbestand, wie der von Julian geschilderte, zu verwerfen ist; und die der Ansicht des Marcellus belehrt uns, daß wir die Erklärung der Regel auf dem Boden der Wirklichkeit, nicht auf dem Gebiete utopischer Vorgänge zu suchen haben.

Was andere römische Juristen über die Regel und über ihre Unanwendbarkeit in den von ihnen behandelten Fällen bemerkt haben, und die Art, wie in spätkaiserlichen Reskripten der Satz zur Begründung praktischer Entscheidungen verwendet worden ist, wird besser erst Erörterung finden, wenn wir durch einen Versuch selbständiger Erklärung der Regel festen Boden für ihre Beurteilung gewonnen haben.

Dieser Versuch, dem ich mich nunmehr zuwende, kann sich, nachdem wir uns von der Unergiebigkeit der Quellen für die Erklärung der Regel überzeugt haben, nur auf ihren Wortlaut selbst und auf Reflexionen über den Zweck stützen, der ihr zu grunde gelegen haben muß.

Der Wortlaut der regula läßt nun mit Bestimmtheit folgende tatsächlichen Momente als von ihr betroffen erkennen.

1. Es hat jemand eine Sache im Besitz. Ob im juristischen Besitz oder in seiner Detention? Diese Frage muß zunächst hier offen bleiben. Der Ausdruck 'possessio' kann bekanntlich jenen, wie diese bezeichnen,[1]) und für die frühe Zeit, der die Regel angehört, werden der gleichzeitigen Beziehung des Wortes auf beide keine Schwierigkeiten entgegenstehen. Julians Äußerung in l. 2 § 1 pro her. 41, 5, die die Regel auf beide bezieht, dürfen wir freilich nach den Ergebnissen der oben angestellten Kritik in dieser Frage keinen Wert beilegen.

2. Es liegt ein Handeln oder irgend ein Verhalten des Besitzers der Sache vor, das von dem Zwecke geleitet ist, der der Entstehung des Besitzes — dahingestellt ob juristischen Besitzes oder der Detention — zu grunde liegenden causa eine andere causa unterzuschieben, einen Tatbestand herzustellen, der entweder den durch früher eingetretene

[1]) Vgl. Savigny, Das Recht des Besitzes S. 39 ff.

Tatsachen bereits gerechtfertigten Besitz in anderer Weise rechtfertigen oder einem der Rechtfertigung entbehrenden Besitz die rechtliche Stütze verschaffen soll. Beide Möglichkeiten können jedenfalls durch den Ausdruck 'causa possessionis' umfaßt sein. Denn, wenn auch regelmäßig 'causa possessionis' Tatsachen bedeutet, die einen Besitz (civilis oder naturalis possessio) als einen vom Standpunkte der Gerechtigkeit berechtigten erscheinen lassen (wie Kauf, Schenkung, Verpfändung, Adjudikation u. s. w. für possessio, — Depositum, Kommodat, Miete, Mandat u. s. w. für Detention), so sind doch in gewissem Sinne auch Diebstahl, Raub, Dejektion causae possessionis, nämlich im Sinne der den Besitz erzeugenden Ursache.

Die Änderung der causa ist eine vom Besitzer gewollte: ipse mutavit mußte man sagen können, wenn der neue Tatbestand den Erfolg einer Änderung der causa herbeiführte. Mit nichten also können Fälle von der Regel umfaßt werden, in denen ein von dem Willen des Besitzers unabhängiges Moment, z. B. eine Ersitzung, ein einen Ipso-iure-Erwerb bewirkender Rechtssatz u. s. w. die neue causa darstellte.

3. Die Sache ist auch nach Herstellung des die neue causa — in dem einen oder andern Sinne — bildenden Tatbestandes in der Hand des Besitzers verblieben. Gleichviel also, ob durch die neue causa die bisherige Detention in possessio umgewandelt und eine bestehende possessio die fehlende Rechtfertigung durch den neuen Tatbestand erhalten oder diese der durch einen früheren Tatbestand gerechtfertigten Detention oder possessio eine neue Rechtfertigung gegeben hat, — in allen Fällen kann man die tatsächliche Gewalt der Person oder der Sache als etwas Beharrendes, die causa als etwas Wechselndes bezeichnen.[1])

[1]) Es scheint mir, wenigstens für die Fälle, auf die sich unsere regula bezieht, ohne praktische Bedeutung zu sein, ob man sagt, mit der mutatio causae höre der bisherige Besitz auf und beginne ein neuer, oder ob man die äußerlich unverändert bleibende Stellung der Person zur Sache als einen kontinuierlich fortdauernden Besitz ansieht. In dem von Julian in l. 5 de prec. 43, 26 — fälschlich allerdings — der regula unterstellten Fall, in dem er je nach der Sachlage bald die eine, bald die andere Auffassung zu grunde legt, kann diese Unterscheidung vielleicht von Erheblichkeit gewesen sein.

4. Das Verhalten der Person ist das einzige Moment, durch das der Wechsel der causa bewirkt wird ('ipse sibi — mutavit'); die neue causa ist durch eine einseitige Handlung oder vielleicht auch — was vorläufig dahingestellt bleiben muß — durch das einseitige Wollen des Besitzers ohne jede Mitwirkung eines andern geschaffen.

Dieser aus dem Wortlaute der Regel allein erschlossene und aus ihm allein erschließbare Tatbestand läßt nun aber die Tendenz des Satzes noch nicht in vollkommen bestimmten Umrissen erkennen. Es bleibt bei ihm die Möglichkeit offen, auch den von Julianus und den von Marcellus in die Regel gelegten Sinn in ihm unterzubringen. Folgende Überlegungen führen aber zu einer schärferen Umgrenzung.

A. Wenn eine Rechtsregel dem auf Veränderung der causa eines bestehenden Besitzes gerichteten Willen die Rechtsfolge versagt ('non potest'), so muß umgekehrt ein bestimmtes Interesse des Besitzers daran bestehen, daß er 'ipse sibi causam possessionis mutet' und daß die von ihm auf mutatio causae possessionis gerichtete Absicht rechtliche Anerkennung finde. Dieses Interesse muß notwendig mit denjenigen Rechtssätzen in Zusammenhang stehen, die an die verschiedenen causae possessionis verschiedene rechtliche Wirkungen knüpfen und also auch mit dem Wechsel der causa einen Wechsel der Rechtslage herbeiführen würden. Hierbei wird zunächst gedacht werden können

1. an den sich auf Besitzerwerb gründenden Eigentumserwerb, der allemal eine causa possessionis voraussetzt; insbesondere
2. an Eigentumserwerb durch Ersitzung;
3. an die verschiedenen Arten und Rechtsgründe der Detention.

Auszuschließen dagegen ist der bloße Besitz. Die Fehlerhaftigkeit eines Besitzes selbst zu beseitigen, hieße das Unmögliche bewerkstelligen, Geschehenes ungeschehen machen. Die Umwandlung eines fehlerfreien Besitzes in fehlerhaften ist wohl möglich (z. B. durch Unterschlagung der bona fide besessenen Sache; bei mala fides superveniens), und würde, wenn man Fehlerhaftigkeit und Fehlerlosigkeit

als causae des Besitzes betrachten könnte, ein 'ipsum sibi causam possessionis mutare' darstellen. Aber die Regel könnte sich doch hierauf nicht beziehen, weil diese mutatio ja unzweifelhaft die auch sonst mit den die neue causa bildenden Tatsachen verknüpften Rechtswirkungen — Anspruch des Gegners auf Besitzesschutz, interdictum unde vi etc. — zur Folge haben, also keine rechtlich unwirksame mutatio causae sein würde.[1])

[1]) Unrichtig bezieht daher m. E. Jhering, Der Besitzwille S. 359 die Regel auch auf die possessorische Wirkung der vitia possessionis. Ebenso halte ich es nicht für zutreffend, wenn Jhering die Worte von Cicero de lege agr. III § 12: 'ergo hac lege ius civile, causae possessionis, praetorum interdicta tollentur' nicht auf die einen Besitz rechtfertigende Tatsache, sondern in sonst nicht üblicher Weise auf die vitia possessionis mitbeziehen will. Es hindert in der Stelle nichts, den Worten die ihnen sonst stets zukommende Beziehung auf die den Besitz rechtfertigenden Momente zu geben. Ciceros Ausruf, die causae possessionis würden nach der Rogation ihrer Bedeutung beraubt sein, würde also in dem Zusammenhang, in dem er sich findet, besagen: das dare, donare, concedere, vendere, — alle jene Vorgänge, die (nach ius civile und auch nach dem Rechte des interdictum de loco publico fruendo, das Cicero hier unter den praetorum interdicta gewiß mit verstanden hat — vgl. über dieses Interdikt Ubbelohde, Die Interdikte zum Schutze des Gemeingebrauchs S. 284 f. insbes. S. 302 ff.) dem Besitz eine materielle Rechtfertigung geben, würden bedeutungslos werden. — Der Ansicht von Schirmer, Ztschr. f. Civ.R. u. Proz. N.F. XI S. 433 ff., causa possessionis in unserer regula bedeute soviel wie „Charakter des Besitzes" ist schon Pernice a. a. O. S. 191 Anm. 54 entgegengetreten. Ich kann auch nicht einmal mit Pernice soviel zugeben, daß in l. 30 § 2 de usurp. 41, 3 und in l. 1 § 2 pro don. 41, 6 den Worten 'causa possessionis' diese Bedeutung zukomme. Auch in ihnen läßt sich der Ausdruck sehr gut als Rechtfertigungsgrund für den Besitz verstehen. — 'Causa possessionis' könnte aber gemäß der dem Worte 'causa' häufig zukommenden ganz vagen Bedeutung von „Angelegenheit", „Tatbestand" u. ä., in der es oft ganz entbehrlich erscheint (cf. Vocabularium iurispr. Rom. p. 672 B: 'haud raro abundante voce causae'; so z. B. u. a. auch in der unsere Regel enthaltenden l. 5 de prec. 43, 26: 'causa precarii' = 'precarium'), soviel wie Besitz oder Besitzangelegenheit, Besitztatbestand bedeuten. In dieser Bedeutung kommt es aber in keiner der die regula betreffenden Stellen vor und kann deshalb in ihr selbst auch diesen Sinn nicht haben. Nur in l. 30 § 2 de usurp. 41, 3 dürfte causa possessionis in diesem völlig farblosen Sinne stehen, wenn man nicht auch in ihr eine jener in den Quellen öfter vorkommenden unpassenden Bezugnahmen

Die Fälle ad 1 werden in der Regel nur in Betracht kommen, soweit jemand eine Sache nur detiniert oder ohne iusta causa besitzt, und ein neuer Tatbestand ins Leben tritt, der geeignet ist, jemanden zum Eigentümer zu machen. Denn für den, der es bereits ist, kann es rechtlich einerlei sein, welche causa ihn zum Eigentümer gemacht hat; er hat kein Interesse daran, nach Erwerb des Eigentums an die Stelle der ihm zu grunde liegenden causa eine neue treten zu sehen. In einem Falle allerdings kann aber auch der wirkliche dominus ein Interesse an der mutatio causae seines Besitzes haben: wenn nämlich der im Besitz der Pfandsache befindliche Fiduziarpfandgläubiger den Pfandverkauf wirksam an sich selbst vornehmen könnte,[1]) so würde er durch diesen „Verkauf“ dem Verpfänder gegenüber, vorausgesetzt, daß er die Sache für einen den Umständen entsprechenden Preis behält, von seinen Verpflichtungen aus dem pactum fiduciae frei werden.

Ebenso ist auch bei den Fällen ad 2 für den Besitzer ein Interesse an einer mutatio causae possessionis nur dann begründet, wenn ihm für den Besitz der vom Nichteigentümer erworbenen Sache die iusta causa fehlt. Hatte er eine iusta causa, die ihn zum Usukapionserwerb führen konnte, so mußte es für ihn wertlos sein, an Stelle der bisherigen eine neue zu erlangen.

In den Fällen ad 3 wird stets eine Änderung der causa der Detention eine Änderung der Rechtsstellung, der Rechte und Pflichten des Detentors und desjenigen, für den er detiniert, im Gefolge haben; und auf Herbeiführung dieser Änderung kann es ihm vielleicht gerade ankommen (z. B. die Verwandlung des depositum in commodatum, des commodatum in Pachtverhältnis und umgekehrt).

---

auf unsere regula sehen will, — und ferner in l. 57 (56) de furtis 47, 2 (Julian l. XXII. Dig.), wo der Jurist unzweifelhaft an die regula nicht gedacht haben kann. — In l. 7 § 2 qu. ex c. in poss. 42, 4 heißt 'haec causa possessionis' entweder: dieser Grund für eine missio in possessionem, oder: diese Art, d. h. die durch diesen Missionsgrund charakterisierte Art von missio in possessionem. Die Stelle gehört also gar nicht in diesen Zusammenhang.

[1]) Vgl. unten S. 37 Anm. 1.

B. Das Motiv für die Versagung der Rechtswirkung kann aber nur entweder in der Rücksicht auf irgendwelche Interessen anderer (des Eigentümers der Sache, des Dritten, für den sie detiniert wird, oder vielleicht der Gesamtheit) liegen, oder vielleicht könnte der Satz — ohne Rücksicht auf irgendwelche materiellen Interessen anderer — nur der Ausdruck einer logischen Konsequenz eines andern Rechtssatzes sein. Daß die Regel aber in Wahrheit nur den Schutz des Eigentümers bezweckte, wird sich aus den späteren Ausführungen ergeben.

C. Es muß für den Besitzer, abgesehen von einem entgegenstehenden Rechtssatze, nach den obwaltenden Umständen, die rechtliche Möglichkeit gegeben sein, die von ihm erstrebte mutatio causae possessionis selbst und unabhängig von fremder Mitwirkung herbeizuführen. Denn, daß jemand ganz beliebig einen auf irgend einem Tatbestande beruhenden Besitz in einen auf einem andern Tatbestande beruhenden verwandelte, sich einseitig, z. B. statt des Kaufes, auf Grund dessen er den Besitz erworben, einen Schenkungs- oder Erbschaftserwerb, oder statt des Diebstahls oder der Unterschlagung, durch die er die Sache erlangt hatte, einen Kauf, oder statt des Pachtvertrages, auf den hin er das Gut innehat, sich eine Schenkung als Besitzgrund andichtete, das wäre, wie oben (S. 26) gezeigt, eine psychologische Ungeheuerlichkeit; und noch weniger könnte daran gedacht werden, daß das Recht einem solchen perversen Willen sich fügte und die rechtlichen Wirkungen der causa possessionis eintreten ließe, die sich jemand so rein aus dem Nichts erschaffen hätte.

Auch wenn der Satz 'idem ex parte testatus ex parte intestatus decedere non potest' nicht bestanden hätte, würde doch nicht jeder beliebige, sondern nur der gleichzeitig durch Testament und Gesetz Berufene zum Teil als Testamentserbe, zum Teil als gesetzlicher Erbe haben auftreten können. Ohne die regula 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest' würde doch nicht jeder Erwerb eines beliebigen Freien einem beliebigen andern zufallen, sondern der Erwerb durch einen Freien auch nur bei Vorhandensein eines bestimmten Verhältnisses zwischen dem Freien und dem Erwerber möglich gewesen sein.

Wenn also dem Besitzer (oder Detentor) einer fremden Sache durch einen Rechtssatz die Fähigkeit abgesprochen wird, in rechtswirksamer Weise selbst sich die causa seines Besitzes zu ändern, so mußte notwendigerweise dabei an Tatbestände gedacht sein, die so geartet sind, daß abgesehen von dem in der Regel enthaltenen Verbot der Besitzer denkbarerweise einseitig zu seinen Gunsten und zum Nachteil des Eigentümers eine Änderung der causa possessionis würde bewirken können.

III.

Hiermit sind wir auf den Punkt gelangt, von dem aus sich die eigentliche Tendenz unserer Regel unschwer wird erkennen lassen. Wir haben nur zu fragen: Gibt es Verhältnisse, die es dem Besitzer einer Sache, wenn nicht besondere Rechtsgründe entgegenstehen, ermöglichen würden, sich selbst die causa possessionis zu ändern? und welches sind diese Verhältnisse? Zweckmäßiger werden wir die Frage verallgemeinern und dahin stellen:

> Gibt es Verhältnisse, durch die jemandem — abgesehen von einem besonderen Verbot — denkbarerweise die rechtliche Möglichkeit gewährt sein kann, einseitig im eigenen Interesse seine Rechtslage einem andern gegenüber zu verändern?

Hier tritt uns nun sofort der Gedanke an solche Verhältnisse nahe, in denen jemand befugt, unter Umständen sogar rechtlich oder moralisch verpflichtet ist, rechtlich erhebliche Verfügungen in fremden Angelegenheiten vorzunehmen: in erster Linie die verschiedenen Arten von Vertretungsverhältnissen (tutor, curator, procurator, Mandatar, Staats- und Munizipalbeamte, Vorsteher von Korporationen, Gesellschafter u. s. w., und auch negotiorum gestor).[1]

Während die Frage, ob der Besitzer einer fremden Sache, der zu dieser und zu dem Eigentümer in keinerlei rechtlicher Beziehung steht, sich selbst ohne Mitwirkung und Zustimmung des Herrn ein Recht an der Sache zusprechen, oder eine für ihn bestehende Beziehung zur Sache

[1]) Über die Vertreterstellung des negotiorum gestor vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 31 ff.

zu seinen Gunsten verändern könne, wie oben gezeigt, verständigerweise gar nicht aufgeworfen werden kann, so hat es doch einen guten Sinn zu fragen, ob derjenige, der mit Rücksicht auf ein bestehendes Vertragsverhältnis zu Verfügungen über Vermögensrechte eines andern befugt ist, solche Verfügungen nicht bloß Dritten gegenüber und zu deren Gunsten, sondern auch zu seinen eigenen Gunsten vornehmen darf; und bekanntlich wird auch von den klassischen Juristen, sowie auch im heutigen Recht besonders die Frage erörtert und auch rechtlich geregelt, ob der Vertreter eines andern bei Abschluß von obligatorischen Verträgen den Herrn sich selbst gegenüber vertreten, ob er namentlich, wie der geläufige Ausdruck lautet, mit sich selbst kontrahieren könne,[1]) oder richtiger — da ja ein Kontrahieren einer Person mit sich selbst nach dem Begriff des Vertrages eine logische Unmöglichkeit ist —, ob der Vertreter durch seinen, wenn auch irgendwie kundgegebenen Willen einseitig diejenigen rechtlichen Wirkungen zu seinen eigenen Gunsten und auch gegen sich im Verhältnis zu dem Vertretenen zu erzeugen vermag, die er durch mit Dritten geschlossene Geschäfte für und gegen diese herbeiführen kann.

In Beziehung auf Verfügungen über eine in den Händen des Vertreters befindliche Sache wird die Frage lauten: Kann der Vertreter durch ein mit sich selbst geschlossenes Geschäft, also, wenn auch das Geschäft seiner Natur nach ein sog. zweiseitiges ist, immerhin doch durch einseitiges Handeln ('ipse'), also ohne Mitwirkung des Vertretenen oder einer andern als dessen Vertreter auftretenden Person sich ein Recht an der Sache verschaffen, oder sonstwie seine rechtliche Stellung zu dem Vertretenen bezüglich der Sache zu seinem Vorteil verändern? Kann also z. B. der zum Verkauf einer Sache Beauftragte die in seiner Hand be-

[1]) Der Ausdruck „Selbstkontrahieren“, der sich in neuerer Zeit für das Kontrahieren mit sich selbst eingebürgert hat, scheint mir sprachlich anfechtbar zu sein wegen des störenden Doppelsinns, der sich daraus ergibt, daß das „selbst“ auch auf das Subjekt bezogen werden und einen Gegensatz zu dem Kontrahieren durch einen Vertreter bezeichnen kann. — Ein näheres Eingehn auf diese ganze Materie liegt mir, soweit es nicht der Zweck dieser Abhandlung fordert, selbstverständlich fern.



findliche Sache an sich selbst verkaufen, oder der procurator Gelder aus der von ihm verwalteten Kasse entnehmen, um sie darlehensweise zu behalten, oder kann der Vormund eine in seiner Verwaltung befindliche Sache des Mündels zur Belohnung für seine Mühewaltung sich selbst schenken? Kann der Staatsbeamte, dem die Verpachtung öffentlicher Güter obliegt, auf dem in seiner tatsächlichen Gewalt befindlichen Gute willkürlich als Pächter verbleiben? Kann der Depositar, Kommodatar, der Mieter, der m. f. possessor einer fremden Sache, der die etwa dem Verderben ausgesetzte Sache des Herrn — als negotiorum gestor, also als dessen Vertreter — verkaufen will, sie an sich selbst verkaufen, der Depositar sie an sich vermieten?

Im Falle der Bejahung dieser Fragen würden wir hier überall in zutreffender Weise sagen können: 'sibi ipse causam possessionis mutavit': das äußere Besitzverhältnis ist dasselbe geblieben; aber er hat ihm einseitig einen andern rechtlichen Charakter gegeben; er hat selbst und einseitig seine Detention in civilis possessio umgewandelt und sich Eigentum oder Usukapionsbesitz verschafft; er hat sich selbst aus einem Depositar, Kommodatar in einen Pächter verwandelt.[1])

---

[1]) Der Möglichkeit einer solchen Behandlung dieser Fälle würden auch die Grundsätze des römischen Rechtes, die dem obligatorischen Vertrage des Vertreters die rechtliche Wirkung für und gegen den Vertretenen versagen und die man — in unzutreffender Weise allerdings — als Verbot direkter Stellvertretung zu bezeichnen pflegt (vgl. meine Lehre von der Stellvertretung II S. 160 ff.), nicht entgegengestanden haben. Vom Standpunkte der sog. mittelbaren Stellvertretung würden bei der im Falle der Zulassung des „Kontrahierens mit sich selbst" notwendigen fiktiven Anwendung der auf ein wirkliches Kontrahieren bezüglichen Rechtssätze die Verhältnisse sich so gestalten: Der zum Verkauf einer ihm übergebenen Sache Beauftragte schließt als Vertreter mit sich selbst als dem Käufer einen Kaufvertrag; aus diesem wird er, der Vertreter, sich selbst, als dem Käufer, zur Übergabe verpflichtet, kann aber vom Vertretenen die Befreiung von dieser Verpflichtung oder die Hergabe der Mittel — hier der Sache — zum Zwecke der Erfüllung — hier der Tradition der Sache an sich selbst — verlangen. Übergibt er nun die ihm in unserem Falle zu diesem Zwecke ja schon vorher ausgehändigte Sache an sich selbst, indem er den animus domini faßt, so erfüllt er damit in einer für den

Umgekehrt würde die regula 'nemo sibi ipse etc.', auf diese Fälle bezogen, einen guten Sinn ergeben, der ihr ohne Voraussetzung eines der geschilderten Verhältnisse zwischen dem Besitzer und dem Herrn vollkommen fehlen würde. —

Sollten die hier ins Auge gefaßten Fälle die einzigen sein, in denen — abgesehen von einem Verbote — die Möglichkeit einseitiger Änderung der causa possessionis in Betracht kommen könnte, so würden wir berechtigt sein, dem Satze 'nemo sibi ipse etc.' den Sinn unterzulegen:

> Wer als Vertreter befugt ist, über eine Sache einem Dritten gegenüber zu verfügen, kann über die in seiner Hand befindliche Sache nicht einseitig zu seinen eigenen Gunsten Verfügung treffen.

Aber jene Fälle sind in Wahrheit nicht die einzigen, auf die die regula bezogen und vernünftigerweise bezogen werden könnte.

Der Faustpfandgläubiger hat das Recht, die verpfändete Sache zu verkaufen und verschafft durch die Übergabe dem Käufer Eigentum oder Usukapionsbesitz. Kann er durch „Verkauf an sich selbst" die bisher als Pfand besessene Sache in sein Eigentum bringen, oder, wenn sie dem Verpfänder nicht gehörte, sie nach seinem Belieben von einem beliebigen Zeitpunkte nach Fälligkeit der Forderung an pro emptore zu besitzen beginnen? oder m. a. W. kann er einseitig, durch Bestimmung eines Preises, zu dem er die Sache unter Anrechnung auf die Schuldsumme der bisherigen in der Verpfändung gelegenen causa possessionis eine andere, den Kauf, unterschieben? Auch hier würde die verneinende Antwort durch den Satz 'nemo sibi ipse etc.' gedeckt sein, und wenn die veteres die Frage verneint haben,

---

Auftraggeber unanfechtbaren Weise seine von ihm als dessen Vertreter sich selbst gegenüber übernommene Verpflichtung und macht sich zum Eigentümer oder zum Usukapionsbesitzer; und das würde auch ein vor der Tradition, aber nach Kundgebung des Willens, die Sache selbst zu kaufen, erklärter Einspruch des Auftraggebers nicht verhindern können (cf. l. 14 de Publ. i. r. a. 6, 2 und dazu meine Lehre von der Stellvertretung I S. 176 ff.).

wie sie im späteren Rechte bekanntlich verneint wurde,[1]) so wird vermutlich, wenn es sich gleich nicht beweisen läßt, auch dieser Fall bei der regula mit verstanden worden sein.

Weitere Tatbestände, an die bei der regula 'nemo sibi ipse etc.' gedacht werden könnte, wüßte ich nicht zu nennen, wenn auch, wie später zu zeigen, die späteren römischen Juristen sie in einer Reihe anderer Fälle in Erwägung gezogen haben.

Das hier lediglich aus den Worten und aus einer die vermutliche Tendenz betreffenden Reflexion gewonnene Ergebnis ist demnach:

Der auf Grund eines Vertretungsverhältnisses oder eines sonstigen Verhältnisses zur Verfügung über eine fremde Sache Befugte kann diese Befugnis mit rechtlicher Wirkung nur im Verhältnis zu Dritten, nicht zu sich und zu eigenen Gunsten ausüben.

Man wird hier vielleicht einwenden, der hier der regula beigelegte Sinn würde die Fassung 'nemo sibi ipsi' — statt ipse — etc. haben erwarten lassen. Aber es besteht ja bekanntlich in der lateinischen Sprache die Neigung, 'ipse' selbst da als Subjekt zu konstruieren, wo der durch ipse ja immer angedeutete Gegensatz sich auf das Objekt bezieht.[2]) Und es kommt auch auf dasselbe heraus, ob wir das ipse in unserer Regel auf das Subjekt oder auf das Objekt beziehen. Auf die Frage: wer kann zu gunsten des Vertreters die causa possessionis ändern? würde der Satz 'nemo sibi ipse etc.' antworten: keinesfalls der Vertreter selbst (sondern nur ein anderer — der Herr u. s. w.); auf die Frage: zu wessen Gunsten kann der Vertreter eines anderen die causa pos-

[1]) cf. c. 10 de distr. pign. 8, 27 (28) (Dioclet. et Maxim.). Sintenis, Handb. des heut. prakt. Pfandr. S. 513. Dernburg, Das Pfandr. II S. 163 ff. — Die käufliche Übertragung des Fiduziarpfandes durch den Gläubiger an sich selbst war schon aus dem Grunde unmöglich, weil der Gläubiger ja bereits Eigentümer war. Darauf beruht auch gewiß der Satz des Paulus, R.S. II, 13 § 3: 'Debitor creditori vendere fiduciam non potest etc.' — [2]) Vgl. Kühner, Ausführl. Grammatik der lat. Sprache II S. 184. Reisig, Vorles. über lat. Sprachwissensch. (1888) III S. 103 Anm. 370. C. G. Zumpt, Lat. Gramm. § 696.

sessionis ändern? würde aus der Regel bei derselben Fassung die Antwort entnommen werden können: keinesfalls zu seinen eigenen Gunsten (wohl aber zu gunsten anderer).

Der Satz schließt also das sog. Kontrahieren mit sich selbst, soweit es die Veränderung der causa für ein bestehendes Besitzverhältnis zum Zwecke hat, aus. In voller Ausführlichkeit dargelegt, hätte der von den veteres angenommene Rechtssatz etwa folgendermaßen lauten müssen: 'Neque tutores neque curatores neque procuratores ceterive qui pro aliis intervenire solent, eorum, quorum negotia gerunt, res possidentes sibi ipsi causam mutare possunt, quamvis aliis possidentibus possint. [nec eo magis creditor distracturus pignus sibi ipse addicere potest].'

Das wäre aber nicht mehr, was Paulus (l. 1 de R. I. 50, 17), offenbar im Hinblick auf die Gestalt der zu seiner Zeit in Umlauf befindlichen regulae iuris als für sie charakteristisch bezeichnet: eine 'brevis rerum narratio' gewesen. Wohl aber konnten die veteres in dem kurzen Satze: 'nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest' einen zutreffenden Ausdruck ihres Rechtssatzes sehen, wenn es ihnen nur auf ein 'rem quae est breviter enarrare' ankam. Durften sie ja hier, wie bei allen ihren regulae, mit der Tatsache rechnen, daß dem Laienpublikum und dem Laienrichter deren genaueres Verständnis, wo es etwa not tat, und die nötige Aufklärung überall durch den stets hilfsbereiten Juristenstand vermittelt werden konnte. Und es waren ja überdies diese Regeln in erster Linie gar nicht für das Publikum und die Richter bestimmt, sondern für den eigenen Gebrauch der Juristen,[1]) — gleichsam Noten, die sie erst in ihrem Konsultationsverkehr auf Verlangen mit der klingenden Münze der ausführlichen Darlegung ihres Inhalts einlösten.

Ob die regula nur auf die Fälle, wo die causa für eine Usukapion oder sofortigen Eigentumserwerb durch den Vertreter in Betracht kam, oder ob sie auch auf den Pfandgläubiger berechnet war, und ob auch auf Veränderung eines Detentionsverhältnisses durch Unterschiebung eines anderen es gestaltenden Obligationsverhältnisses an Stelle des bisherigen, dar-

---

[1]) Vgl. Jörs, Röm. Rechtswissensch. zur Zeit der Republik I S. 293.



über läßt sich nach der Beschaffenheit der alsbald noch weiter zu prüfenden Quellenüberlieferung ein Urteil nicht fällen.

Ebensowenig läßt sich aus den Quellen über das der regula zu grunde liegende Motiv etwas entnehmen. Vermutlich aber werden die veteres zu ihrer Aufstellung sich durch die nämlichen Erwägungen haben leiten lassen, die im klassischen Rechte zu einer Beschränkung des Kontrahierens des Vertreters mit sich selbst und des Selbstkaufs des Pfandes durch den Gläubiger geführt haben, also durch die Tendenz, den Vertretenen und den Verpfänder gegen unredliche Ausbeutung der Rechtsstellung des Vertreters und des Gläubigers zu ihrem Nachteil zu schützen.

IV.

Fassen wir nunmehr diejenigen Stellen ins Auge, in denen der Satz 'nemo sibi ipse etc.' nicht bloß theoretisch erörtert, sondern im Hinblick auf einzelne Tatbestände auf seine Anwendbarkeit hin in Frage gezogen wird, so finden wir in ihnen für die soeben gegebene Bestimmung seines Inhaltes allerdings keinerlei positive Bestätigung. Keine der Stellen, die unsere regula betreffen, bezieht sich auf Vertreter und Faustpfandgläubiger; und keine der Stellen, die Geschäfte des Vertreters mit sich selbst und den Pfandverkauf des Gläubigers an sich selbst betreffen, enthalten eine Hindeutung auf unsere Regel. Aber jene ersteren Stellen zeigen deutlich, daß den klassischen Juristen das Verständnis der alten Regel überhaupt völlig abhanden gekommen war, und daß sie sie in ganz verschieden gearteten, untereinander gar nicht verwandten Fällen heranziehen, und sie nur ehrenhalber oder vielleicht aus dem oben (S. 16 unten) angegebenen praktischen Grunde erwähnen; und aus dieser offenbaren Ratlosigkeit der Juristen unserem Satze gegenüber dürfen wir die Berechtigung entnehmen, für unsere Erklärung der Regel einzutreten, obwohl Tatbestände, wie die veteres sie m. E. vorausgesetzt haben müssen, in Verbindung mit der regula sich nicht erwähnt finden.

In der Mehrzahl der Stellen erwähnen die Juristen sie nur, um zugleich zu sagen, daß sie auf den vorliegenden Tatbestand keine Anwendung finde.

1. Man kann, so heißt es bei **Paulus** l. LIV ad edictum (l. 3 § 20 de a. v. a. poss. 41, 2) nicht sagen, daß der Besitzer der fremden Sache 'ipse sibi causam possessionis mutavit', wenn er die bei ihm hinterlegte oder ihm geliehene Sache vom Deponenten oder vom Kommodanten gekauft[1]); und bei **Julianus** lib. XLIV Dig.[2]) (l. 33 § 1 i. f. 41, 3), wenn der Pächter die Sache vom vermeintlichen Erben gekauft hat, oder wenn er für die in seinem Usukapionsbesitz befindliche fremde Sache, vom Eigentümer belangt, ihm die litis aestimatio bezahlt oder sie von ihm geschenkt erhalten hat (l. 2 § 21 pro empt. 41, 4).[3])

Natürlich! Die neue causa ist hier überall nicht vom Besitzer selbst, sondern durch ein mit dem wirklichen oder vermeintlichen Herrn geschlossenes Geschäft erzeugt worden, und es bedurfte also gar nicht des Hinweises auf die Regel. Ebensowenig hätte in l. 6 § 3 de prec. 43, 26[4]) und l. 22 pr. eod. die dort gemachte Bemerkung, daß ein Verstoß gegen den Satz nicht vorliege, wenn man den Besitzfehler der gewaltsamen Dejektion als getilgt ansehe, sobald der Herr dem Dejizienten die Sache als precarium überlassen oder verkauft hat, Anlaß zu der Erwähnung unseres Satzes zu geben brauchen.

2. In l. 10 Si pars her. 5, 4 wird von **Papinian** (lib. VI quaest.)[5]) in einem Falle, in dem der Sohn das vermeintliche Erbteil seines Vaters ohne Auftrag verwaltet

---

[1]) Sed si is qui apud me deposuit vel commodavit, eam rem vendiderit mihi vel donaverit, non videbor causam possessionis mihi mutare, qui ne possidebam quidem. — [2]) — — et certe si colonus mortuo domino emerit fundum ab eo, qui existimabat se heredem eius vel bonorum possessorem esse, incipiet pro emptore possidere. — [3]) Si rem alienam emero, et. cum usucaperem, eandem rem dominus a me petierit, non interpellari usucapionem meam litis contestatione. sed si litis aestimationem sufferre maluerim, ait Iulianus causam possessionis mutari ei, qui litis aestimationem sustulerit, idemque esse, si dominus ei, qui rem emisset a non domino, donasset: eaque sententia vera est. — [4]) Iulianus ait eum, qui vi alterum deiecit et ab eodem precario rogavit, desinere vi possidere et incipere precario, neque existimare sibi ipsum causam possessionis mutare, cum voluntate eius quem deiecit coeperit precario possidere: nam si ab eodem emisset, incipere etiam pro emptore posse dominium capere. — [5]) — — — quod si filius iste patri suo heres

hatte und nunmehr nach des Vaters Tode dieses Erbteil als dessen Erbe von den wahren Erben des vermeintlichen Erblassers des Vaters für sich in Anspruch nimmt, die Frage erörtert, ob er damit sich selbst die causa possessionis geändert habe. Es ist ja aber ganz offenbar, daß in der vermeintlichen Behauptung des Sohnes, er habe die Sache durch Beerbung seines Vaters erworben, und sein Besitz beruhe jetzt auf einer andern causa als vor dem Tode des Vaters, keine Handlung liegt, durch welche die causa selbst geändert wird. Daß Papinian die Frage überhaupt berührt, hat vielleicht darin seinen Grund, daß die ihn konsultierende Partei sich über die Anwendbarkeit der Regel in dem ihm vorgetragenen Falle Belehrung erbeten hatte.

3. In l. 1 § 2 pro don. 41, 6[1]) berichtet Paulus als Meinung des Cassius ausdrücklich, daß, wenn die Frau, nachdem sie eine Sache vom Manne geschenkt erhalten, sich von ihm trennt, sie nach der Scheidung die in ihrem Besitze verbliebene Sache nicht pro donato usukapieren könne; dies würde gegen die regula 'nemo sibi ipse etc.' verstoßen.

Ganz unrichtig offenbar! Sie kann nicht usukapieren, weil aus dem bloßen Verbleiben der Sache in ihrem Besitze ohne eine nach der Scheidung besonders kundgegebene Überlassung ('concesserit') doch nicht etwa eine jetzt erfolgte Erneuerung der Schenkung, die nunmehr als Titel einer Usukapion dienen könnte, zu entnehmen ist. Auch kann doch in der von der Frau erklärten Scheidung unmöglich ein Handeln gesehen werden, das auf Herstellung einer neuen causa für den bestehenden Besitz abzielte und durch das sie ipsa sibi causam mutat. Selbst wenn sie

---

extitit et movet controversiam, quod pater eius, postquam heres extitit, mortem obierit, ille tractatus incurrit, an ipse sibi causam possessionis mutare videatur. quoniam tamen qui negotia hereditaria gessit et debitor esse coepit, postea faciens controversiam hereditatis ut iuris possessor convenitur, idem etiam in hoc filio respondendum erit.

[1]) Si inter virum et uxorem donatio facta sit, cessat usucapio. item si vir uxori rem donaverit et divortium intercesserit, cessare usucapionem Cassius respondit, quoniam non possit causam possessionis sibi ipsa mutare: alias ait post divortium ita usucapturam, si eam maritus concesserit, quasi nunc donasse intellegatur. — — — —

etwa nach Empfang des Geschenkes gerade in der Absicht, dadurch die Schenkung wirksam zu machen, die Scheidung erklärt hätte, würde der Ausschluß der Usukapion doch nur auf jenen ersten Grund, nicht auf die Regel 'nemo sibi ipse etc.' gestützt werden können.

4. Ebenso überflüssig ist auch die Bemerkung des Pomponius in l. 5 de precario 43, 26 (lib. XXIX ad Sabin.),[1]) daß, wenn der Prekarist, der sich das precarium vor Ablauf der Zeit, für die es gewährt war, verlängern läßt, keine mutatio causae possessionis vorliege. Für den Fall, daß eine Verlängerung nach Ablauf der Zeit erfolgt, wird zwar ein neuer prekaristischer Besitz und eine mutatio causae in der Stelle angenommen. Aber an die Möglichkeit eines Verstoßes gegen die regula kann doch auch hier nicht gedacht werden, weil der Besitzer sich nicht ipse causam mutavit.

5. Ganz zwecklos scheint endlich die Erwähnung der Regel in l. 18 pr. de a. v. a. poss. 41, 2, wo Celsus (lib. XXIII Dig.)[2]) sagt, daß derjenige sich die causa possessionis nicht einseitig ändere, der die in seinem Eigenbesitz befindliche Sache für einen andern zu besitzen anfange, — wie es z. B. bei dem constitutum possessorium der Fall ist. Denn die Regel wendet, wie oben gezeigt, in allen Fällen ihre Spitze nur gegen den Besitzer und will einen anderen schützen, zu dessen Nachteile die mutatio causae ausschlagen würde. Hier aber würde die mutatio gerade umgekehrt zum Vorteil des andern erfolgen. Bedenkt man aber, daß eine derartige mutatio causae possessionis unter Umständen ohne Mitwirkung des Dritten erfolgen kann, z. B. wenn der Verwalter einer fremden Kasse zur Tilgung seiner Schuld an den Herrn eine Geldsumme in dessen Kasse legte, so würde die Anwendung der Regel das zweifellos falsche Resultat ergeben, daß Besitz und Eigentum an den Geldstücken auf den Herrn nicht überginge.

---

[1]) Sed si manente adhuc precario tu in ulterius tempus rogasti, prorogatur precarium: nam nec mutatur causa possessionis et non constituitur eo modo precarium, sed in longius tempus profertur. — — —. — [2]) Quod meo nomine possideo, possum alieno nomine possidere: nec enim muto mihi causam possessionis, sed desino possidere et alium possessorem ministerio meo facio. — — —

Den hier erörterten Stellen, in denen die Regel als unanwendbar bezeichnet wird, stehen mehrere andere gegenüber, in denen Entscheidungen auf sie gestützt werden, ihre Anwendung aber unrichtig erscheint.

1. Zwei diokletianische Reskripte gehören zunächst hierher.

In c. 5 de poss. 7, 32[1]) wird ausgeführt: Wenn der Pächter das Gut unredlicher- und rechtloserweise verkauft, so verliert der Verpächter dadurch nicht sein Eigentumsrecht, — cum nemo sibi causam possessionis mutare possit! Als ob die Entscheidung nicht ihre genügende und allein richtige Begründung darin hätte, daß das Wesen des Eigentums gerade in dem Rechte des Eigentümers, jeden Dritten von seiner Sache auszuschließen, liegt. Die Berufung auf die regula ist nur eine nichtssagende äußere Dekoration, mit der die Verfasser prunken, — wie denn auch sonst gerade die Verfasser diokletianischer Reskripte es zu lieben scheinen, wo sich nur eine Gelegenheit bietet, an die Spitze des Reskriptes mit einem gewissen Aplomb eine kurz gefaßte überkommene oder von ihnen selbst formulierte Regel zu setzen, um dann erst den Tatbestand und die Entscheidung folgen zu lassen.

Ebenso sinnlos erscheint die Berufung auf den, hier nur in etwas verkürzter Form zitierten Satz in c. 23 de loc. 4, 65,[2]) wo er den Bescheid begründen soll, daß dem Eigentumsanspruch durch die Tatsache, daß der Eigentumsprätendent die Sache von dem Gegner selbst gemietet habe, — was er ja in Unkenntnis über sein Eigentum getan haben kann — nicht präjudiziert werde. Die von Krüger[3]) vorgeschlagene Verweisung des Schlußsatzes an das Ende von c. 25. h. t. würde

[1]) Cum nemo causam sibi possessionis mutare possit, proponasque colonum nulla extrinsecus accedente causa ex colendi occasione ad iniquae venditionis vitium esse prolapsum, praeses provinciae fide veri dominii tui ius convelli non sinet. — [2]) Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habet consensum: sed ex eventu, si victus fuerit, contractus locationis non constitisse magis declaratur. nemo enim sibi iure possessionem mutare potest. — [3]) Cod. Just. rec. P. Krueger not. 2 ad c. 23. 25. cit.

keine Besserung schaffen, sondern nur für die in dieser enthaltene Entscheidung eine nicht minder sinnlose Begründung ergeben.

2. Auf einer Anwendung unserer regula scheint endlich die in l. 2 § 12 pro empt. 41, 4[1]) von Pomponius und in l. 2 § 14 eod.[2]) von Celsus aufgestellte Ansicht zu beruhen.

Der Sklave hat eine fremde Sache für sein peculium in bösem Glauben erworben, und der Herr erlangt dann in gutem Glauben den Besitz, z. B. mit dem von ihm eingezogenen peculium, — vielleicht aber auch durch einen mit dem Sklaven geschlossenen Kaufvertrag, — oder als vertragsmäßiges Entgelt für die dem Sklaven erteilte Freilassung. In augenscheinlicher Anspielung auf unsere regula sagt hier Pomponius: 'eadem sit causa possessionis' und Celsus: 'durare primam causam possessionis'.

In gewissem Sinne wird man hier allerdings sagen können, daß der Herr auch in dem Falle eines mit dem Sklaven geschlossenen Geschäftes 'sibi ipse causam possessionis mutavit', wenn man nämlich bedenkt, daß der vom Sklaven für das peculium erworbene Besitz ipso iure als dem Herrn erworben behandelt wurde,[3]) daß aber ein solches Geschäft lediglich eine tatsächliche, von dem Willen des Herrn allein abhängige Geltung hat.[4]) Ob jedoch schon die veteres an diesen Fall bei ihrer Regel gedacht haben, scheint mir zweifelhaft. Die Erwägungen, die zu dieser ihrer Anwendung führen, scheinen mir für die alte Jurisprudenz zu subtil. Für das spätere Recht aber enthält die auf sie gegründete Entscheidung wohl nur eine mechanische Anwendung der nicht mehr verstandenen regula. Es ist in der Tat nicht einzusehen, warum der Herr die Sache, die er vom Sklaven auf Grund eines iustus titulus, und wie z. B.

---

[1]) Pomponius quoque in his, quae nomine domini possideantur, domini potius quam servi voluntatem spectandam ait: quod si peculiari, tunc mentem servi spectandam. et si servus mala fide possideat, adempto puta peculio, dicendum est, ut eadem causa sit possessionis et ideo usucapio ei non magis procedat. — [2]) Et si quod non bona fide servus meus emerit, in pactionem libertatis mihi dederit, non ideo me magis usucapturum: durare enim primam causam possessionis idem Celsus ait. — [3]) Vgl. meinen Besitzerwerb auf Dritte S. 130 ff. — [4]) Vgl. Pernice, Labeo I S. 154 f.

im Falle des Freilassungsvertrages für ein unwiderrufliches Äquivalent erworben hat, weniger sollte usukapieren können, wie die von einem Dritten erworbene, zumal er bekanntlich sogar die Sache, deren Kauf er dem Sklaven aufgetragen hat, usukapieren konnte, obwohl der Sklave die Sache nicht gekauft, und ihm die offenbar ohne Titel erlangte Sache unter der Vorspiegelung, sie gekauft zu haben, übergeben hat. [1])

V.

Wenn daraus, daß die römischen Juristen so vielfach bei der Behandlung der regula in die Irre gehen, für uns die volle Freiheit der Forschung nach ihrem eigentlichen Sinne erwächst, so wird man gegen die hier verteidigte Erklärung vielleicht folgendes Bedenken erheben.

Ein Kontrahieren mit sich selbst ist bekanntlich auch im klassischen Rechte in vielen Fällen nicht mit rechtlicher Wirkung vollziehbar. Wie kommt es nun, daß die römischen Juristen da, wo sie dies in Beziehung auf einen die causa des Erwerbs einer Sache bildenden Kontrakt aussprechen, niemals auf unsere regula Bezug nehmen? Die noch später geltenden Rechtssätze, die das Kontrahieren mit sich selbst — das Kaufen der Sache des Vertretenen durch den Vertreter für sich selbst, den Kauf der Pfandsache durch den Pfandgläubiger u. s. w. für unmöglich erklären, sind doch, wenn sie schon, wenn auch nur mit Bezug auf einen beschränkten Tatbestand, in jener alten Regel enthalten waren, nicht von den späteren Juristen neu entdeckt, sondern wohl in stetiger Tradition von den veteres her überkommen. Liegt nicht in der Nichterwähnung der Regel gerade in diesem Zusammenhang die Widerlegung der hier verteidigten Meinung?

Ich glaube, daß das Fehlen einer Bezugnahme auf unsere Regel in diesem Falle sich folgendermaßen erklärt.

Die Weiterbildung des Rechtes vollzieht sich häufig so, daß für einen rechtlicher Regelung bedürftigen Tatbestand eine Norm ins Leben tritt, daß später andere gleichartige oder ähnliche Verhältnisse, die entweder bisher nicht vor-

---

[1]) cf. l. 11 pro empt. 41, 4 (Africanus) l. 5 pro suo 41, 10 (Neratius.)

gekommen oder nicht beachtet oder rechtlicher Regelung nicht für bedürftig erachtet wurden, dem in jener Norm enthaltenen Prinzip, weil man es auch als für sie angemessen erachtete, unterstellt werden, und so eine, den Urtatbestand mit den neuen gemeinsam umfassende Norm sich bildete, in der der ursprüngliche Rechtssatz als ein Spezialsatz aufging. So wurden — wenigstens nach einer verbreiteten Annahme — durch die lex Aquilia ältere auf Sachbeschädigung bezügliche Gesetze, so wurde das zweite Kapitel jenes Gesetzes, wenn wir dem Berichte des Gaius[1]) hier folgen dürfen, durch die spätere actio mandati absorbiert; die Verpfändung der invecta et illata des Verpächters stellte sich nach Einführung der actio quasi Serviana nur noch als ein bloß tatsächlich, nicht rechtlich mehr von andern Fällen vertragsmäßiger Verpfändung verschiedener Fall von Pfandbestellung dar; so bildet nach der modernen Rechtsentwicklung die Sachbeschädigung, ursprünglich ein für sich bestehender Grund für Schadensersatzansprüche, nur noch eine einzelne Erscheinungsform der Vermögensbeschädigung.[2])

Diesen Prozeß können wir auch in der Behandlung des „Kontrahierens einer Person mit sich selbst" wahrnehmen. Der, wie es scheint, älteste auf diese Materie bezügliche, von den veteres in die Form einer regula gegossene und in alter Zeit trotz der knappen Fassung gewiß allgemein verständliche Rechtssatz 'nemo sibi ipse etc.' bezog sich nur auf die Fälle, in denen durch ein Kontrahieren des Vertreters (des tutor, curator, magister navis, institor u. s. w.) und vielleicht auch des Faustpfandgläubigers mit sich selbst einem bestehenden Besitz- oder Detentionsverhältnis eine neue causa (in dem weiten oben S. 27f. definierten Sinne)

---

[1]) III, 216. — [2]) Häufig allerdings schlägt die Rechtsentwicklung bekanntlich aber auch den umgekehrten Weg ein, indem sich aus einem weit gefaßten Tatbestande einer Rechtsnorm allmählich differenzierte, speziellere Tatbestände mit spezielleren Rechtsregeln herausschälen, — eine Art der Rechtsbildung, wie sie namentlich im Strafrecht uns öfter entgegentritt. Können wir den im Texte geschilderten Entwicklungsgang dem Zusammenschießen isolierter Körper zu einem Krystalle vergleichen, so liegt hier der Vergleich mit der Bildung der Planeten aus einer glühenden Gasmasse nach der Kant-Laplaceschen Hypothese nahe.

geschaffen werden sollte, und vielleicht auch nur im Hinblick auf usukapionsrechtliche Fragen. Weiter wird das Bedürfnis in einer Zeit mit wenig entwickeltem Kreditverkehr und unter der Vorherrschaft des Naturalkaufes nicht gereicht haben. In späterer Zeit wird die Frage, ob durch Kontrahieren des Vertreters mit sich selbst auch klagbare obligatorische Verpflichtungen zwischen Vertreter und Vertretenem begründet werden können, einer Lösung bedurft haben, und wenn man — dahingestellt ob aus Gerechtigkeitserwägungen oder nur auf Grund logischer Reflexionen oder bald aus diesem, bald aus jenem Grunde — auch hier zur Verneinung ihrer Zulässigkeit gelangte, so mußte jetzt die einseitige mutatio causae possessionis durch den Besitzer zu eigenem Vorteil sich als eine Konsequenz eines allgemeineren von der Jurisprudenz gefundenen, wenn auch wohl niemals in seiner vollen Allgemeinheit ausgesprochenen Prinzips darstellen.[1])

---

[1]) Wenn auch in den Quellen nur von der Unwirksamkeit des vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Kaufvertrages die Rede ist, so ist doch m. E. nicht zu bezweifeln, daß die römischen Juristen auch aus dem Schenkungsvertrage, Mietvertrage, überhaupt jedem obligatorischen Vertrage, abgesehen von den aus besonderen Gründen speziell ausgenommenen Fällen klagbare Obligationen nicht werden haben entstehen lassen. Daß übrigens die Ausschließung direkter Wirkungen der Vertretergeschäfte die Annahme einer verbindlichen Kraft und der Möglichkeit von klagbaren Ansprüchen aus den vom Vertreter mit sich selbst geschlossenen Geschäften im Wege gestanden haben würde, wie Hupka, Die Vollmacht S. 323 meint, ist m. E. zu leugnen. Auch bei einer Vertretung mit einer nur mittelbaren Wirkung würden sich Obligationen zwischen dem Vertreter und dem Vertretenen denken lassen, die zu demselben Enderfolg führen würden, wie bei sog. direkter Stellvertretung. Wenn z. B. der procurator eine Sache des Herrn an sich selbst verkaufte, so würde — wenn wir auch hier fiktiv und in dem uneigentlichen Sinne, in dem dies in dieser ganzen Lehre ja allein möglich ist, von Kontrahieren, Verträgen und Vertragsobligationen sprechen, — nach den Grundsätzen der sog. indirekten Stellvertretung der Vertreter zunächst nur sich selbst zur Zahlung des Kaufpreises verpflichtet sein, aber gegen den Vertretenen mit actio mandati, negotiorum gestorum, tutelae etc. Deckung, Verschaffung der Mittel zur Tilgung der Schuld, die er in des Vertretenen Interesse kontrahiert hat, unter Umständen Schadensersatz fordern können; und das würde zu demselben Resultate führen, wie wenn ihm ein direkter Anspruch auf Erfüllung gewährt wäre.

Mag auch vermutlich dieses allgemeinere Prinzip sich im Anschluß an das in der alten beschränkten Regel zur Geltung gekommene herausgebildet haben, so mußte diese später ihre selbständige Bedeutung verlieren, und da man jene regula nunmehr zur Ausschließung der Usukapion und des Eigentumserwerbes in den von ihr betroffenen Tatbeständen nicht mehr brauchte, so konnte ihre Bedeutung leicht in Vergessenheit geraten. Genaue Kenntnis von der Funktion unserer regula in der Zeit der Republik hätten die späteren Juristen doch allenfalls nur aus dem Studium der alten juristischen Literatur schöpfen können; wir wissen indes, wie es mit diesem Studium in der Kaiserzeit bestellt war, und wie wenig die Originalschriften der veteres später noch gelesen wurden.[1]) Aber die prägnante und schlagwortartige Fassung der Regel machte doch ihre Worte zu unvergeßbaren und ließ die Formel im Munde der Laien und namentlich auch wohl in der Praxis der Laienrichter fortleben, ähnlich wie auch andere regulae iuris,[2]) ähnlich wie auch manche aus grauer Vorzeit überkommene, mit einem heidnischen Kultus zusammenhängende Redensarten, vormals Ausdruck eines Glaubenssatzes, später eines Aberglaubens, sich bis in unsere Tage erhalten haben und sich noch lange erhalten werden, ohne daß wir uns bei ihrem Gebrauch ihrer Herkunft und ihres ursprünglichen Sinnes noch bewußt wären. Während bei diesen nur Wißbegier, philologisches, antiquarisches, religionsgeschichtliches Interesse dem Gelehrten oder Dilettanten einen Anreiz bieten, ihrer ursprünglichen Bedeutung nachzuspüren oder zu fragen, ob und inwieweit sie da, wo man sie jetzt noch gebraucht, auch passend verwendet werden, waren die römischen Juristen durch

---

[1]) Vgl. hierüber bes. Pernice, Labeo I S. 5f. — [2]) z. B. die alte regula: 'per liberam personam nihil nobis adquiri potest', die gleichfalls als unverstandene bis auf Justinians Zeit ihr Dasein fristete und bei allen möglichen Gelegenheiten von den Juristen erwähnt wird, nur daß sie im Laufe der Zeit im Gebrauche einen vollständigen Bedeutungswandel erfahren und in der ihr später beigelegten Bedeutung einen außerordentlich tief gehenden Einfluß auf die Gestaltung des römischen Privatrechts, insbesondere des Rechtes der Vertretung geübt hat. Vgl. hierüber meine Lehre von der Stellvertretung II S. 188ff. und bes. S. 202ff.

praktische Interessen genötigt (vgl. oben S. 16), sich mit solchen alten regulae iuris abzufinden. Aber ihre rein praktische Richtung und der Mangel historischer Methode ließ sie nicht zur Erkenntnis der Bedeutung der regula durchdringen und führte einerseits, wo sie sie gelegentlich noch einmal anwendeten, zu falscher Anwendung, und wo sie, — wohl der häufigere Fall — ihre Anwendbarkeit leugnen, zu überflüssigen oder verfehlten Argumentationen. — Auf allen Gebieten des Lebens — im religiösen Kultus, in den Gebräuchen des geselligen Verkehrs, der Mode, der Sprachbildung, der Technologie wird man ähnliche Entwicklungen wahrnehmen können.

Der Satz 'nemo sibi ipse causam possessionis mutare potest' war also ein altes, überflüssig gewordenes Gerät, das nicht erst Justinian, sondern schon die klassischen Juristen getrost hätten in die Rumpelkammer verbannen dürfen, statt sich mit der Erforschung seiner Bedeutung und mit der Frage, wo, wie und wann es verwendbar sei, abzumühen; — nicht, weil es seine Brauchbarkeit eingebüßt hätte, sondern weil das Bedürfnis für sie in anderer und vollkommenerer Weise gedeckt war, — so etwa, wie man in den einzelnen Räumen eines Hauses die von früher her stehen gebliebenen Öfen außer Dienst stellen kann, wenn man in ihnen eine zentrale Heizanlage errichtet hat.

III.

Zur Terminologie der römischen Rechtsquellen in der Lehre von der Unwirksamkeit der juristischen Tatsachen.

Von

Herrn **Dr. Hellmann**

in München.

(Schluß.)

IV.

Aus der bisherigen Untersuchung des Sprachgebrauchs ergibt sich die Berechtigung, einen gewissen Bestand von Redewendungen als technisch zur Bezeichnung der Unwirksamkeit von Tatsachen, die an sich zu den juristischen gehören, in Anspruch zu nehmen.

Diese Wendungen sind:

Non consistere, corrumpi, infirmari, vitiari, effectum non habere, inefficax esse, non esse, locum non habere, frustra esse (facere), impediri, irritum esse, non iure, non recte fieri (facere), non licere, non posse, nullum esse, pro nihilo esse, nullius momenti esse, ratum non haberi, servari non oportere, non videri factum, pro eo haberi ac si factum non esset.

Alle diese Wendungen sind verbal. Einen substantivischen Ausdruck für Wirkungslosigkeit kann man allerdings in den Quellen nicht nachweisen, ebensowenig wie für das Gegenteil. Das hindert jedoch natürlich nicht die Annahme eines technischen Sprachgebrauchs eben der verbalen Wendungen.

Denn als technisch dürfen wir einen Ausdruck wohl bezeichnen, wenn ihn die Lehre einer Kunst oder Wissenschaft zur Kennzeichnung eines ihr angehörigen Begriffes ständig verwendet.

Auffallen könnte vielleicht einerseits die Mannigfaltigkeit der Mittel, deren sich die römische Rechtssprache zur Bezeichnung des nämlichen Begriffes bedient, anderseits die Tatsache, daß keineswegs alle zur Verfügung stehenden Ausdrücke sich in Verbindung mit allen juristischen Tatsachen nachweisen lassen.

Allein die Mannigfaltigkeit der Bezeichnungen kann gegen die Eigenschaft der einzelnen als eines technischen Ausdrucks wohl überhaupt nicht angeführt werden; sie zeigt nur den Reichtum der Sprache an; der andere Umstand aber darf wohl teils auf Zufall zurückgeführt werden, teils darauf, daß einzelne Wendungen besonders im Schwange gewesen zu sein scheinen, endlich auch darauf, daß einzelne juristische Tatsachen wegen ihrer praktischen Bedeutung eine öftere Erwähnung in den Quellen finden, so daß die Gelegenheit, ihre Unwirksamkeit mit den verschiedenen zu Gebote stehenden Wendungen zu bezeichnen, eine reichlichere gewesen ist. Wie berechtigt diese letztere Vermutung ist, wird klar, wenn man erwägt, daß z. B. für donatio, donare alle technischen Bezeichnungen der Unwirksamkeit mit Ausnahme von corrumpere (vitiari, infirmari), inane esse, non videri factum, pro eo habendum ac si factum non esset, non esse vorkommen, für emptio, emere alle mit Ausnahme von corrumpere, inutile esse, inane esse, non videri factum, ratum non haberi, für venditio alle mit Ausnahme von frustra fieri, inutile, inane, irritum esse, non esse, für stipulatio alle mit Ausnahme von irritum esse, non consistere, non esse, inefficax esse, pro eo habendum ac si factum non esset, recte non fieri, für legatum alle mit Ausnahme von inane esse, nihil agi, non esse, non videri factum, während hinwieder für pollicitatio sich ganz allein nullas vires habere findet, für emancipatio nur non valere, für aestimatio nur non valere und nullum esse.

Einzelne Wendungen sind fast ausschließlich für eine bestimmte Tatsache gebräuchlich, wie z. B. servari non opor-

tere für pactum, wieder andere werden nur auf Handlungen unter vivos angewendet, wie z. B. nihil agi.

Angesichts der Feststellung des technischen Sprachgebrauchs der Quellen muß man sich stets vor Augen halten, was oben (S. 5) ausgesprochen wurde, daß nämlich ein Urteil des Rechts über die Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes, welchem eine solche nirgends beigelegt worden ist, weil gänzlich überflüssig, nicht erwartet werden darf. Ebensowenig aber darf erwartet werden, daß von einem Tatbestande, der nicht vorhanden ist, diese Nichtexistenz besonders festgestellt werde, wo nicht Zweifel über die Existenz begründet sind, noch weniger aber, daß die Nichtexistenz festgestellt werde, um auszudrücken, daß der vorhandene Tatbestand nicht die Wirkung eines nicht vorhandenen Tatbestandes habe.

Diese überflüssig scheinende Bemerkung ist gerechtfertigt mit Rücksicht darauf, daß unter den technischen Bezeichnungen der Wirkungsunfähigkeit eines Tatbestandes eine große Rolle spielen: nullum esse und non esse und sprachlich nichts im Wege steht, diese Wendungen als die Konstatierung des Nichtdaseins aufzufassen.

Leonhard [1]) glaubt die Beobachtung gemacht zu haben, „daß im Pandektenlatein das Wort nullus als Subjekt oder als Adjektivum verwendet in der Regel soviel bedeutet wie „niemand", „kein" oder „nicht vorhanden", daß es dagegen da, wo es als Prädikat erscheint, gewöhnlich den Begriff „nichtig" zum Ausdruck bringt.

Allerdings ist nicht zu leugnen, daß nullus auch in den Quellen mehrfach lediglich zur Bezeichnung des Nichtdaseins von Tatsachen verwendet wird, und insofern treffen die von Leonhard (a. a. O. S. 388 1 u. 2) angeführten Belege zu. Allein aus denselben ist zugleich ersichtlich, daß sie sich mit der Aufgabe, ein Urteil über die Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes zu fällen, gar nicht befassen.

Vgl. noch z. B. l. 5 D. 28. 3: 'quia nullus est.'

l. 104 § 1 D. 30: 'si . . . tabulae nullae fuerunt.'

---

[1]) Leonhard, Der Irrtum S. 297 u. 388 u. Allg. Teil des BGB. S. 430.



l. 26 D. 39. 5: 'nulla donatio intelligitur.'

l. 7 C. 3. 1: 'inter servum et liberum consistere iudicium nullum possit.'

l. 11 D. 28. 3: 'quia sequens (testamentum) nullum est.'

l. 23 C. 4. 65: 'nullum habeat consensum.'

Wo immer aber dies der Fall ist, da bedeutet nullus nicht das Nichtvorhandensein eines Tatbestandes, sondern das Nichtvorhandensein seiner normalen Rechtswirkungen, setzt also die Existenz des Tatbestandes voraus. Ein Unterschied der Bedeutung, je nach dem adjektivischen oder prädikativischen Gebrauch des Wortes ist für jene Fälle nicht nachzuweisen; im Gegenteil finden sich zahlreiche Stellen, in welchen nullus bei adjektivischer Verwendung die Unwirksamkeit eines bestimmten Tatbestandes ausdrückt:

> l. 51 § 2 D. 29. 2. African l. 4 quaest.: Si quis ita dixerit: 'Si solvendo hereditas est, adeo hereditatem' nulla aditio est.

Daß der Tatbestand der hereditatis aditio hier vorliegt, daß er in der Erklärung liegt adeo hereditatem, darf angesichts der l. 77 D. 50. 17 nicht bezweifelt werden. Denn diese letztere spricht ausdrücklich von in totum vitiari des actus legitimus durch adiectio eines dies oder einer conditio. Es ist daher der Zusatz, welcher die Wirkungsfähigkeit dem Tatbestande 'aditio' entzieht, die ihm sonst, ohne den Zusatz, zukäme.

> l. 41 § 3 D. 28. 6. Papin. l. 6 respons. Quod si heredem filium pater rogaverit, si impubes diem suum obierit, Titio hereditatem suam restituere, legitimum heredem filii salva Falcidia cogendum patris hereditatem ut ab impubere fideicommisso post mortem eius dato restituere placuit, nec aliud servandum, cum substitutionis condicio puberem aetatem verbis precariis egreditur. quae ita locum habebunt, si patris testamentum iure valuit: alioquin si non valuit ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est. nec fideicommisso propriae facultates filii tenebuntur, et ideo, si pater filium exheredaverit et ei nihil reliquerit, nullum fideicommissum erit.

Diese Entscheidung: nullum fideicommissum erit gibt der Jurist von dem Tatbestande: Si heredem filium pater rogaverit, ... Titio hereditatem ... restituere, d. h. von einem Tatbestande, der die äußere Erscheinung des fideicommissum ausmacht; es ist daher klar, daß die Entscheidung nicht besagen kann, dieser Tatbestand sei nicht vorhanden, sondern nur: er habe nicht seine normale Wirkungsfähigkeit.[1])

l. 11 D. 7. 5. Ulpian l. 18 ad Sab. Si lanae alicui legatus sit usus fructus vel odorum vel aromatum, nullus videtur ususfructus in istis iure constitutus. ....

Daß nullus hier als Adjektivum zu ususfructus gehört, trotzdem es durch videtur davon getrennt wird, steht deshalb fest, weil von einem ususfructus, welchem das Prädikat nullus beigelegt wird, nicht gesagt werden kann, er sei iure constitutus, da nullus gerade das Gegenteil von iure constitutus bedeutet. Man ist also genötigt, zu übersetzen: „so ist kein ususfructus an diesen Dingen nach dem geltenden Rechte bestellt worden." Trotz dieser Übersetzung ist der Eingang der Stelle nicht zu beseitigen, wonach allerdings ein ususfructus an „diesen Dingen" vermacht worden war; ein deutliches Argument, daß der Tatbestand des legatum ususfructus als vorhanden gedacht wird, mit den Worten nullus ususfructus iure constitutus videtur also die Rechtswirksamkeit dieses Tatbestandes, die ihm ohnedies, d. h. wenn er res non consumtibiles zum Objekt gehabt hätte, innewohnen würde, verneint werden soll.

l. 29 D. 23. 3. Ulp. l. 36 ad Sabin.: Cum pater dotem pro filia promittit et dotem legat, si quidem marito legavit, videndum est, an legatum valeat, et puto non valere: nam cum creditori debitor legat id quod debet, nullum legatum est.

Hier wird noch präziser als im vorigen Falle von einem Tatbestande des Legates gesprochen, der keine Kraft hat und bezw. der kein Legat ist, letzteres offensichtlich in dem Sinne, daß unter dem Legat einerseits der Tatbestand, anderseits die Wirkungsfähigkeit desselben verstanden werden will.

---

[1]) So auch Leonhard a. a. O. S. 388 N. 4 mit dem Bemerken, hier, wo der Sinn nicht zweifelhaft sei, sei allerdings nicht ersichtlich, ob nullum adjektivisch oder prädikativisch auftrete.

l. 22 § 4 D. 35. 2. Paul. l. 17 quaest.: Sed si alii hoc nomen legetur nullum legatum erit nec ceteris contribuetur. Es ist die Rede von der Forderung gegen einen insolventen Schuldner. Wird dieselbe als liberatio dem Schuldner selbst legiert, so kommt es mit dem vollen Betrage bei Berechnung der Falcidia in Betracht (l. 22 § 3); wird es dagegen als nomen einem Dritten zugewendet, so spielt es bei Berechnung der Falcidia keine Rolle, weil es z. Z. des Todes keinen Vermögenswert darstellt. Insofern ist also die Hinterlassung dieses nomen ein Tatbestand ohne die sonst einem solchen zukommende Wirkungsfähigkeit, die Anwendung des falzidischen Gesetzes zu begründen. Insofern liegt also kein wirkungsfähiges Legat vor. Dagegen besteht kein Grund, die Wirksamkeit nach der Richtung hin zu bezweifeln, daß der Legatar die actio gegen den Schuldner anstellen und bei später eintretender Solvenz das Geschuldete beitreiben kann.

l. 35 § 5 D. 39. 6: l. 10 § 1 D. 37. 5. Ulp. l. 40 ad edict.: . . . si nurui dotem praelegaverit eaque mortis tempore nupta sit, nullum legatum est, quia dos nondum debeatur . . . .

Die Stelle handelt von einem praelegatum dotis im engern Sinne des Wortes, d. h. von dem Legat, durch welches der Ehemann oder dessen paterfamilias die in seiner Hand befindliche Dos der rückforderungsberechtigten Frau vermacht. Ist der Ehemann selbst Vermächtnisgeber, so wird mit seinem Tode die Frau, weil dadurch die Ehe aufgelöst wird, stets rückforderungsberechtigt. Das Legat hat sohin als legatum dotis debitae Wirkungsfähigkeit, insofern die Frau sofortige Restitution ohne Rücksicht auf die gesetzlichen Fristen verlangen kann.

Wenn dagegen das Legat vom Schwiegervater ausgeht, so fragt es sich, ob bei seinem Tode die Ehe noch besteht oder nicht. Ersterenfalls ist die Frau noch nicht rückforderungsberechtigt, folglich hat dies Legat der dos debita keinen Gegenstand, daher auch keine Wirkungsfähigkeit; es liegt zwar der Tatbestand eines Legats vor, aber dieser Tatbestand ist kein wirkungsfähiger.

l. 1 § 1 D. 41. 6. Paul. l. 54 ad edict.: Si pater filio, quem in potestate habet, donet, deinde decedat, filius pro donato non capiet usu, quoniam nulla donatio fuit. cf. Vat. fr. § 292.

Der Tatbestand der donatio ist vorhanden; er ist aber kein rechtswirksamer Tatbestand, wie er es wäre, wenn der Beschenkte nicht in potestate des Schenkers stünde; das zeigt sich u. a. in der Unfähigkeit des Schenkungsaktes, als Ersitzungstitel zu dienen. Vgl. l. 27 D. 41. 3.[1])

l. 11 § 1 D. 18. 1. Ulp. l. 28 ad Sabin.: ... ceterum si ego mulierem venderem, tu puerum emere existimasti, quia in sexu error est, nulla emptio, nulla venditio est.

Wie auch sonst die Stelle erklärt werden mag, das eine ist nicht zu leugnen, daß sie von dem Falle ausgeht, wo eine Kaufs- und Verkaufserklärung bezüglich eines Sklavenindividuums stattgefunden hat. Auch wenn man mit Leonhard[2]) hier das männliche Geschlecht des Kaufobjekts als zur stillschweigenden Geschäftsbedingung gesetzt denkt, muß man doch zugeben, daß der Tatbestand einer emtio, venditio, wenngleich condicionalis als vorhanden erachtet wurde. Aber keine wirkungsfähige emtio, venditio liegt vor, si in sexu erratur.

l. 15 p. D. 18. 1. Paul. l. 5 ad Sabin.: Etsi consensum fuerit in corpus, id tamen in rerum natura ante venditionem esse desierit, nulla emptio est.

Wo alle Voraussetzungen des Vertrags zutreffen, da wollte gewiß nicht gesagt werden, der Tatbestand des Vertrags fehle; nulla emptio est kann also nicht bedeuten: es ist kein Tatbestand des Vertragsschlusses vorhanden, sondern nur: es ist kein wirkungsfähiger Vertrag vorhanden.

l. 6 § 3 D. 17. 1. Ulp. l. 31 ad edict.: Rei turpis nullum mandatum est et ideo hac actione non agetur.

Daß eine res turpis zu besorgen zugemutet und daß solche Zumutung angenommen wird, stellt den Tatbestand

---

[1]) Hieraus ergibt sich gegen Leonhard (a. a. O. S. 389), daß die Behauptung, die Quellen ließen durchweg bei entschuldbarer Unkenntnis nichtige Geschäfte als Titel gelten, nicht zutrifft. — [2]) a. a. O. S. 456.

eines Mandates dar, welches wirksam wäre, wenn nicht eben der Zweck auf eine res turpis ginge. Wegen dieses Zwecks ist kein wirksames Mandat gegeben und diese Wirkungslosigkeit zeigt sich in dem Versagen der actio mandati. Wollte mit nullum m. est gesagt werden: der Tatbestand des Mandats fehlt, so war es mehr als überflüssig, auch noch zu versichern: ideo hac actione non agetur; das wäre nicht besser, als wenn der Jurist ausgesprochen hätte: wo ein Darlehen vorliegt, kann die Mandatsklage nicht gestellt werden.

l. 54 p. D. 17. 1. Papin. l. 27 quaest.: Si servus se extero mandat emendum, nullum mandatum est setzt ebenso wie l. 1 p. C. 4. 36 die Existenz des Tatbestandes voraus; wenn sie doch entscheidet, es sei kein Mandat vorhanden, so heißt dies wiederum nur: kein wirkungsfähiges, wie denn auch die Kodexstelle in Parenthese ausdrücklich bemerkt: 'quia hoc liber mandare non potest' und 'quoniam qui mandat, ut a se res comparetur, inutiliter mandat'. Daß inutilis die Wirkungslosigkeit bezeichnet, nimmt natürlich auch Leonhard[1]) an; daß aber mandare non potest nicht die faktische Unmöglichkeit der Herstellung des Mandatstatbestandes feststellen will, darüber s. Bd. XXIII S. 418.

l. 34 § 1 D. 18. 1. Pomponius l. 33 ad Sabin.: Omnium rerum, quas quis habere vel possidere vel persequi potest, venditio recte fit; quas vero natura vel gentium ius vel mores civitatis commercio exuerunt, earum nulla venditio est. Die letzten Worte der Stelle bilden den Gegensatz zu den vorausgehenden: venditio recte fit, bedeuten daher soviel als venditio non recte fit, es besteht kein wirksamer Verkauf, während der Tatbestand des Verkaufs, abgesehen von seiner Wirksamkeit, damit nicht geleugnet wird. Dafür zeugt auch

l. 1 C. 9. 19. Gordianus 240: Res religioni destinatas, quin immo religionis effectas, scientes qui contigerint et emere et distrahere non dubitaverint, tametsi iure venditio non subsistat, laesas tamen religionis in crimen inciderunt.

---

[1]) a. a. O. 297/98.

Auch l. 11 C. 9. 20 spricht von venditio plagio abducti, durch die freilich der status keine Veränderung erleidet.

So wenig also für die Bedeutung von nullus auf die adjektivische Stellung des Wortes ankommt, so unzutreffend ist das Beispiel, welches Leonhard[1]) gibt, um den Gegensatz des nicht vorhandenen zum nichtigen Geschäfte zu erläutern: „Ein Vertrag, bei dem ein Haus für nichts überlassen wird, ist z. B. nicht ein nichtiger Kauf, vielmehr gar keiner, sondern eine Schenkung.“ Gegenüber der These von der prädikativischen Bedeutung des Wortes nullus hätte das Beispiel nicht unglücklicher gewählt werden können. Denn sowohl in l. 46 D. 19. 2 als auch in l. 10 § 2 D. 41. 2, beide aus Ulpian l. 69 ad edict., wird von conductio nummo uno ausgesagt: nulla est, und in l. 16 § 1 D. 4, 4. Ulpian l. 11 ad edictum findet sich: nullam esse societatem non societas donationis causa coita.

Vgl. ferner:

l. 32 § 24 D. 24. 1: Si ... societas donationis causa contracta sit, iure vulgato nulla est.

l. 35 § 5 D. 39. 6: Si quis societatem per donationem mortis causa inierit, dicendum est nullam societatem esse.

Abgesehen von diesem Widerspruche des angeblichen Sprachgebrauchs mit dem Beispiel Leonhards erhellt aus einer Anzahl von Quellenstellen mit aller Deutlichkeit, daß gerade bei simulierten Geschäften der Geschäftstatbestand als gegeben angenommen und demselben die Wirkungsfähigkeit abgesprochen wird. Man vergleiche:

l. 5 § 1 D. 17. 2. Ulp. l. 31 ad edict.: ... donationis causa societas recte non contrahitur.

l. 54 D. 44. 7. Modestinus l. 5 regular. Contractus imaginarii etiam in emtionibus iuris vinculum non optinent, cum fides facti simulatur non intercedente veritate.

l. 12 D. 39. 3. Paul. l. 16 ad Sabin.: 'simulata venditio.'

l. 20 C. 5. 16: 'imaginariae factae venditioni.'

---

[1]) a. a. O. S. 297.

l. 3 C. 4. 38: 'venditionis simulatus contractus.'

l. 10 C. eod.: 'simulatam (emtionem).'

l. 38 D. 18. 1. Ulp. l. 7 disput.: ... totiens enim dicimus in totum venditionem non valere, quotiens universa venditio donationis causa facta est.[1])

Daß nullus überall da, wo es sich um ein Urteil über die Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes handelt, auf den Mangel dieser Wirkungsfähigkeit und nicht auf den Mangel eines Tatbestandes hinweist, zeigt die Menge von Entscheidungen, in welchen die nämlichen Tatbestände, von denen anderwärts gesagt wird, daß sie nulla seien, mit Wendungen sich verbunden finden, welche zugestandenermaßen nur ausdrücken können, es fehle dem Tatbestand die Wirkungsfähigkeit. So heißt es in l. 14 § 1 i. f. D. 7. 8. Ulp. l. 17 ad Sabin.: ... sed si usufructu legato usus adimatur, nullam esse ademptionem, nachdem im Vorausgehenden gesagt worden war: denique si tibi fructus deducto usu legatus sit, inutile esse legatum ... In l. 14 § 1 D. 34. 4: Florentinus l. 1 instit. aber: Quibus ex causis datio legati inutilis est, ex isdem causis etiam ademptio inefficax habetur, so daß also die ademptio usus, weil datio fructus sine usus inutile legatum sein würde, ebensogut als inefficax hätte bezeichnet werden können.

In l. 12 p. D. 23. 3. Ulp. l. 34 ad Sabin. wird zuerst die post contractum matrimonium erfolgende adprobatio aestimationis einer zur dos gegebenen Sache, wo die adprobatio donationis causa geschieht, als aestimatio nulla erklärt unter Bezugnahme darauf, daß auch eine distractio donationis causa unter Eheleuten unmöglich sei; und diese Unmöglichkeit selbst wird mit den Worten erläutert: cum effectum i. v. e. u. non habeat.

Die donatio patris familias in filium collata wird in Vat. fr. §§ 292 und in l. 1 § 1 D. 41. 6. Paul. l. 54 ad edict. nulla donatio genannt, in Vat. fr. § 295 wird von derselben bemerkt: nullius esse momenti.

---

[1]) Zum Sprachgebrauch von nullus s. auch Lotmar in der Krit. V. J. Schr. Bd. 7 N. F. S. 248/49.

Von der um bestehender Ehe willen unwirksamen donatio erklärt

l. 46 D. 24. 1. Ulp. l. 72 ad edict.: nec ... ulla donatio est, l. 53 p. D. eod. Papin. l. 4. respons. .... frustra donare convenit.

In l. 40 p. D. 13. 7. Papin. l. 3. respons. und in l. 22 § 3 D. 17. 1. Paul. l. 32. ad edict. erscheint die emtio der eigenen Sache des Käufers als nulla emptio, welche ebenfalls in l. 40 p. cit. und in l. 4 C. 4. 38 durch frustra emere, in l. 16 p. und l. 18 p. D. 18. 1. Pompon. l. 9. ad Sabin. durch non valere charakterisiert wird und von welcher endlich l. 39 p. D. 18. 1. Julian l. 15. digest. entscheidet ... emtor actione ex vendito non tenetur.

Ebenso ist der Kauf einer res divini iuris nach l. 22 D. 18. 1. Ulp. l. 28. ad Sabin. nulla emptio, während § 5 J. 3. 23 von frustra emere sprechen. Bei mangelndem Konsens der Kontrahenten in corpore ist nach l. 9 p. D. 18. 1. Ulp. l. 28. ad Sabin. emptio nulla; l. 55 D. 44. 7. Javolen. l. 12. epistol. drückt den gleichen Gedanken aus durch: perduci ad effectum id quod inchoatur non potest.

Während das legatum debiti in l. 29 D. 23. 3. Ulp. l. 36. ad Sabin. als legatum nullum auftritt, wird in l. 67 p. D. 31. Papin. l. 19 quaest. von dem Vermächtnisgeber im gleichen Falle ausgesprochen: frustra legat.

Das praelegatum dotis des Schwiegervaters zu gunsten der Schwiegertochter heißt nullum in l. 10 § 1 D. 37. 5. Ulp. l. 40. ad edict., nullius momenti in l. 1 § 9 D. 33. 4. Ulp. l. 19. ad Sabin.

Die Wirkungslosigkeit eines legatum nominis non existentis wird in der nämlichen Stelle, l. 75 § 1 D. 30. Ulp. l. 5. disput. einmal durch nullum esse legatum und unmittelbar darauf durch nihil debebitur ausgedrückt.

Die Nullität der fideiussio besteht nach l. 37 D. 46. 1. Paul. l. 17. ad Plautum darin, daß fideiussor non tenetur, die des Mandats nach l. 6 § 3 D. 17. 1 (oben S. 56) darin, daß hac actione non agetur, wozu Gai. III. 157 zu vergleichen, der von dem mandatum contra bonos mores nicht etwa erklärt, daß es den Tatbestand eines Mandats nicht enthalte, sondern: non contrahi obligationem.

Die stipulatio sub impossibili condicione wird in l. 9 § 6 D. 12. 1. Ulp. l. 26. ad edictum nulla genannt, nach l. 31 D. 44. 7. Maecianus l. 2. fideicommiss. ist sie nullius momenti, nach § 11 J. 3. 19 wird von ihr ausgesagt: non valet.

Promittiert ein furiosus, so ist die stipulatio nulla nach l. 70 § 4 D. 46. 1. Gai. l. 1. de verb. obl.; l. 1 § 12 D. 44. 7. Gai. l. 2. aureorum drückt den gleichen Gedanken aus durch: nihil agere (furiosum) natura manifestum est.

l. 19 D. 28. 1. Modestin. l. 5 pandect. bezeichnet die tabulae testamenti, quas is fecit, qui testamenti faciendi facultatem non habuerit, als nullae; nach l. 8 p. D. eod. Gai. l. 17. ad edict. prov.: eius qui apud hostes est testamentum quod ibi fecit non valet, quamvis redierit.

Ebenso wie nullum esse sich auf die Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes bezieht, werden auch non esse, non posse intellegi, locum non habere und Synonyma verwendet, um die Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes zu verneinen, dem der Regel gemäß Wirkungsfähigkeit zukommt, nicht aber um das Vorhandensein des Tatbestandes selbst in Abrede zu stellen.

In der Durchstreichung letztwilliger Verfügungen, welche in einer Testamentsurkunde enthalten sind, liegt z. B. eine Handlungsweise, welche den Tatbestand des Widerrufs darstellt. Doch gehört zur Wirkungsfähigkeit desselben das Bewußtsein des Handelnden, daß er die Durchstreichung vornehme. Eine unabsichtliche, z. B. infolge einer Unvorsichtigkeit vollzogene Durchstreichung hat nicht die Fähigkeit, das Durchstrichene außer Kraft zu setzen, auch nicht dann, wann der Testator seinem Testamente den Zusatz gegeben hat: 'lituras, inductiones, superductiones ipse feci.' Daher konnte l. 1 pr. 28. 4. Ulp. l. 15. ad Sabin. wohl aussprechen: . . . proinde et si inconsulto superscripsit, induxisse se, manebunt et sic adempta[1]) non erunt adempta.

Eine Erbeseinsetzung von der Fassung: 'ex his partibus, ex quibus testamento matris scripti fuissent, heredes sunto' ist als bedingte Einsetzung zu erachten; vgl. l. 2 p. D. 28. 5.

---

[1]) So Mommsen statt 'et si ademit', ohne daß der Sinn hierdurch sich verändert.

Ulp. l. 2. ad Sabin. Von der bedingten Einsetzung aber steht fest, daß sie selbst nach Ausfall der Bedingung als Testament gilt, insofern ein früheres Testament dadurch aufgehoben wird. Trotzdem finden wir in l. 2 § 1 i. f. cit. 'si intestata mater decesserit, hos non esse institutos'. Diese Worte können demnach nicht bedeuten, daß keine Einsetzung stattgefunden habe, sondern daß die stattgehabte Einsetzung die Wirkung, welche sonst nach dem Tode des Testators der (unbedingten) Einsetzung zukommt, nicht zu äußern vermöge.

Wenn in l. 110 § 2 D. 50. 17 die regula iuris aufgestellt wird: 'Pupillus pati non intelligitur', so ist klar, daß hiermit nicht die faktische Möglichkeit der Duldung seitens eines Pupillen geleugnet werden wollte. Freilich ein pati mit der Wirkung eines Rechtsnachteils ist seitens eines Pupillen nicht möglich. So nicht das Dulden eines Sklavendelikts mit der Wirkung, daß actio legis Aquiliae gegen den dominus pupillus begründet würde (l. 3 D. 9. 4), so nicht die Duldung eines nachbarlichen opus mit der Wirkung des Verlustes der aquae pluviae arcendae actio (l. 19 D. 39. 3).

l. 32 § 2 D. 4. 8. Paul. l. 13. ad edict. kann unmöglich den Tatbestand des Kompromisses leugnen wollen mit den Worten: non erit pecunia compromissa, da sie ihn geradezu voraussetzt, wenn sie vorher sagt: Si mulier alieno nomine compromittat. Indem sie zu non erit pecunia compromissa hinzufügt: propter intercessionem, spricht sie aus, daß der Tatbestand des Kompromisses intercedendi causa gegen die kompromittierende mulier der verpflichtenden Wirkung wegen des SC Velleianum entbehre.

Ebensowenig wird in l. 20 D. 12. 1. Iulian. l. 18. digest. durch neque donationem esse neque pecuniam creditam und durch non fore creditam keineswegs der Schenkungs- und der Darlehnstatbestand in Abrede gestellt, sondern lediglich auf seine Wirksamkeit (valere) geprüft.

Auch l. 8 p. D. 18. 1. Pomp. l. 9. ad Sabin.: Nec emptio nec venditio sine re quae veneat posse intellegi verneint nur die Wirkung des Kaufvertrags, nicht seine Existenz; sonst könnte nicht in l. 1 D. 18. 4 von Pomponius in demselben Buche ad Sabin. gesagt worden sein: si hereditas venierit

eius qui vivit aut nullus sit, nihil esse acti, quia in rerum natura non sit quod venierit, noch in l. 7 D. eod. Paul. l. 14. ad Plaut.: Cum hereditatem aliquis vendidit esse debet hereditas, ut sit emptio: nec enim alea emitur, ... sed res: quae si non est, non contrahitur emptio.

Endlich ist in diesen Zusammenhang zu bringen l. 14 § 3 D. 18. 2. Paul. l. 5. ad Sabin. Die Auflösung des mit addictio in diem geschlossenen Kaufvertrags wird hier u. a. geleugnet, wenn die addictio, d. h. der Zuschlag zu besserem Gebote, also der spätere Verkauf, an den Eigentümer der Sache erfolgt ist mit der Begründung: quia non est emptio his casibus. Nun wurde aber bereits nachgewiesen (oben S. 60), daß die Quellen den Kauf der eigenen Sache zwar als ein frustra emere, als emtio quae non valet oder ex qua emtor actione ex vendito non tenetur qualifizieren, aber immerhin als ein emere, als eine emtio, daß sie also die Existenz des Tatbestandes emtio nicht bezweifeln oder gar verneinen, sondern nur seine Rechtswirkung.

Freilich kommt non esse bisweilen auch vor, um das Nichtvorhandensein eines Tatbestandes zu konstatieren. Dies ist aber überall nur da der Fall, wo es sich gar nicht um die Frage der Rechtswirkung eines bestimmten Tatbestandes handelt, sondern um die Beseitigung von Zweifeln, ob gewisse Tatsachen einen gewissen Tatbestand erschöpfen oder nicht. Es können die Umstände nämlich so gelagert sein, daß derartige Zweifel auftauchen, und nur wo zu solchen Zweifeln äußerer Anlaß besteht, untersuchen die Quellen das esse oder non esse der Tatbestände. Das wird durch nachfolgende Quellenzeugnisse belegt:

l. 18 D. 12. 1. Ulp. l. 7. disput.: Si ego pecuniam tibi quasi donaturus dedero, tu quasi mutuam accipias, Iulianus scribit donationem non esse; ... et puto nec mutuam esse ...

§ 1: Si ego quasi deponens tibi dedero, tu quasi mutuam accipias, nec depositum nec mutuum est.

Es ist bezeichnend, daß hier der Jurist vorsichtig den Tatbestand beschreibt mit si ... quasi donaturus, quasi deponens dedero, während in jenen Stellen, wo es darauf ankommt, die Wirkungslosigkeit des Schenkungstatbestandes,

der unter andern Umständen wirksam wäre, festzustellen, gesagt wird: si donassem (l. 20 D. 12. 1), frustra donare convenit (l. 53 p. D. 24. 1); ut in matrimonii tempus collata donatio videatur atque ideo non valet (l. 12 p. D. 23. 3), si pater filio ... donet ... nulla donatio fuit (s. o. S. 62. 59. 55).

In der Tat fehlt es in den Fällen der l. 18 cit. schon an der äußeren Erscheinung des Schenkungs- und des Darlehenstatbestandes. Denn dazu gehört Konsens über die causa donandi bezw. credendi, während hier Dissens, wenn auch nicht zum Bewußtsein kam, so doch objektiv vorlag. Folglich konnte hier höchstens die Zweifelsfrage auftauchen und entschieden werden, ob der den Parteien unbewußte Dissens über die causa den Tatbestand des vom Hingebenden intendierten Geschäftes erschöpfe oder des vom Empfänger beabsichtigten oder keinen von beiden; dagegen lag die Frage nach der Wirksamkeit oder Unwirksamkeit eines existenten Schenkungs- oder Darlehenstatbestandes gar nicht vor.

Ganz analog liegt der Fall der l. 23 C. 4. 65. Diocl. et Maxim. a. 293: Ad probationem rei propriae sive defensionem non sufficit locatio ei facta, qui post de dominio coeperit contendere, cum nescientia dominii proprii et errantis nullum habeat consensum ... Der Konsens, auf den es hier ankam, war der zwischen conductor und locator darüber, daß jener das Eigentum an der Sache diesem übertragen sollte. Vorausgesetzt wird die Unbekanntschaft des conductor mit seinem Eigentum; daraus wird mit Recht geschlossen: wer seine eigene Sache unbekannt mit seinem Eigentum mietet, kann dadurch nicht den Willen, sein Eigentum aufzugeben, ausdrücken, also auch nicht der Eigentumserwerbsabsicht des locator zustimmen. Folglich liegt der Tatbestand des Konsenses gar nicht vor. Nicht war es die Meinung der Kaiser, dem wirklich vorhandenen Konsens die Wirkung zu versagen.

Das Gleiche ist zu bemerken in l. 5 p. D. 5. 1. Ulp. l. 3. ad edict.: Consensisse autem videntur, qui sciant se non esse subiectos iurisdictioni eius et in eum consentiant. ceterum si putent, eius iurisdictionem esse, non erit eius iurisdictio:

error enim litigatorum .... non habet consensum. Über die Unterwerfung unter einen unzuständigen Prätor oder Präses einverstanden sein können die Parteien nicht, wenn sie ihn nicht für unzuständig halten. Man hätte vielleicht annehmen können, die beiderseitige Verhandlung vor dem unzuständigen Magistrat enthalte auch den eventuellen Konsens über die Unterwerfung unter seine Jurisdiktion. Dieser Meinung begegnet die Stelle. Solcher Konsens würde mindestens Zweifel an der Zuständigkeit voraussetzen; wo aber, wie hier, der positive Glaube an die Zuständigkeit vorliegt, da ist die Möglichkeit jenes Konsenses ausgeschlossen. Mithin wird hier die Frage, ob vorhandener Konsens wirksam sei, gar nicht aufgeworfen.

Wie gesagt, findet sich non esse als Verneinung eines Tatbestandes in den Quellen nicht häufig. Die Regel ist die, non esse zur Verneinung der normalen Rechtswirkung eines Tatbestandes zu verwenden. Die Richtigkeit dieser Beobachtung geht noch deutlicher als aus den oben besprochenen Belegen, wo non esse im Sinne der Wirksamkeitsverneinung mit der Tatbestandsangabe verbunden auftritt, aus jenen Stellen hervor, wo nach Beschreibung eines Tatbestandes non esse direkt von seiner normalen Wirkung ausgesagt wird.

Man vergleiche:

l. 55 D. 18. 1. Paul. l. 2. ad edict. aedil. curul.: Nuda et imaginaria venditio pro non facta est et ideo nec alienatio eius rei intellegitur.

Die Trivialität wäre doch zu stark, wenn der Jurist hätte sagen wollen: deshalb, weil der Tatbestand einer venditio nicht vorliegt, ist nicht anzunehmen, daß eine Veräußerung vor sich geht.

l. 31 D. 40. 4. Paul. l. 26. ad edict. Cum ex pluribus eodem nomine servis unus liber esse iussus non appareat qui sit, nullus liber est.

l. 9 p. D. 40. 9. Marcian l. 1. instit.: Ille servus liber non erit, qui vi coegerit ... ut eum dominus manumittat.

Gai. instit. I. 46. Si ... libertas data sit, nulli liberi erunt.

s. ferner l. 17 p. D. 40. 9; l. 2 D. 40. 13.

l. 30 D. 26. 2. Paul. l. 6. quaest.: Duo sunt Titii; .... datus est tutor Titius .... neuter est tutor.

l. 63 D. 23. 2. Paul. l. 1. defin. Praefectus cohortis vel equitum aut tribunus contra interdictum eius provinciae duxit uxorem, in qua officium gerebat: matrimonium non erit.

s. ferner l. 66 D. eod.; l. 3 § 1 D. 24. 1; l. 79 (77) § 1 i. f. D. 36. 1; l. 7 D. 48. 5.

l. 42 § 1 D. 23. 2. Modestin., libro singul. de ritu nuptiarum. Si senatoris filia ... libertino vel qui artem ludicram exercuit ... nupserit, nuptiae non erunt.

s. ferner l. 68 D. 23. 3; l. 27 D. 23. 2; l. 5 C. 5. 3.

l. 5 § 2 D. 20. 2 in fine. Marcian l. singul. ad formulam hypothecar. .... sane si postea sint eius res hypothecae datae, non erunt obligatae.

l. 47 § 1 C. 1. 3. Qui .... aliquos episcopos creare conabuntur ... neque episcopi erunt.

Besonders charakteristisch ist aber für den Sprachgebrauch

l. 41 § 3 D. 28. 6. Papin. l. 6. respons. .... quae ita locum habent, si patris testamentum iure valuit; alioquin si non valuit, ea scriptura, quam testamentum esse voluit, codicillos non faciet, nisi hoc expressum est ....

Zunächst wird hier von dem Vorhandensein des Tatbestandes eines Testaments ausgegangen und bei diesem Tatbestande unterschieden, ob er Wirksamkeit habe oder nicht. Für den letzteren Fall wird der Tatbestand als nicht existent bezeichnet; denn es wird nicht mehr von testamentum, sondern von ea scriptura, quam — voluit, also von einer Schrift, die Testament sein sollte, d. h. doch wohl „nicht ist" gesprochen. Deutlicher könnte nicht hervortreten, daß durch Nichtexistenz" die mangelnde Rechtswirksamkeit ausgedrückt wird.

Mit den gewonnenen Ergebnissen steht nicht im Widerspruch die Bedeutung, in welcher imperfectus in den Quellen auftritt. Das Wort findet sich bei letztwilligen Verfügungen sowohl als bei Tatbeständen inter vivos. In Verbindung mit ersteren kommt es in folgenden Stellen vor:

l. 18 D. 33. 2. Modestinus l. 9. respons. Qui plures habebat libertos, testamento suo dixit se habitationem relinquere iis quos codicillis designasset: cum nullos postea designaverit, quaero, an omnes admitti debeant. respondit .... legatum perfectum esse non videtur non existente cui datum intellegi possit.

l. 2 § 1 D. 29. 3. Ulp. l. 50. ad edict.: Testamentum autem proprie illud dicitur, quod iure perfectum est: sed abusive testamenta ea quoque appellamus, quae falsa sunt, vel iniusta vel irrita vel rupta: itemque imperfecta solemus testamenta dicere.

l. 38 D. 40. 5. Paul. l. 3. decret.: In testamento quod perfectum non erat alumnae suae libertatem et fideicommissa dedit. cum omnia ut ab intestato egissent, quaesiit imperator, an ut ex causa fideicommissi manumissa fuisset: et interlocutus est: etiamsi nihil ab intestato pater petisset, pios tamen filios debuisse manumittere eam, quam pater dilexisset. pronuntiavit igitur recte eam manumissam et ideo fideicommissa etiam ei praestanda.

l. 2 D. 28. 3. Ulp. l. 2. ad Sabin.: Tunc autem prius testamentum rumpitur, cum posterius rite perfectum est, nisi forte posterius vel iure militari sit factum vel in eo scriptus est, qui ab intestato venire potest. tunc enim posteriore non perfecto superius rumpitur.

l. 26 C. 3. 36. Constantinus a. 321 = l. 1 C. Th. 2. 24.[1]) ..... sive coeptum neque impletum testamentum ... memoratur ... defuncti dispositio custodiatur.

l. 21 §§ 2ª. 3 C. 6. 23. Theodos. et Valentin. a. 439. Finem autem testamenti subscriptiones et signacula testium esse decernimus. non subscriptum namque a testibus ac signatum testamentum pro imperfecto haberi convenit. Ex imperfecto autem testamento voluntatem defuncti, nisi inter solos liberos .... habeatur, non volumus = Nov. Theod. tit. XVI. § 5. (corpus iuris anteiust. ed. Hänel II. p. 62. 63.)

l. 21 § 5 eod. = Nov. Theod. cit. § 7. Si quis autem testamento iure perfecto postea ad aliud pervenerit testamentum non alias quod ante factum est infirmari decerni-

[1]) Vgl. Fein in Glücks Erl. Bd. 45. S. 229 ff.

mus, quam id, quod secundum facere testator instituit, iure fuerit consummatum, nisi forte ..... eo enim casu licet imperfecta videatur scriptura posterior ... secundam eius voluntatem .... valere sancimus.

l. 16 C. 3. 28. Valerian. et Gallien. a. 258. .... duplicem actionem inferentes, primam quasi testamentum non iure sit perfectum .....

In einem Teile dieser Gesetze begegnet uns lediglich der Ausdruck imperfectum, indem seine Bedeutung anderweitig als bekannt vorausgesetzt wird.

Dahin gehören l. 2 § 1 D. 29. 3; l. 38 D. 40. 5; l. 2 D. 38. 3; l. 16 C. 3. 28. Diese sind daher zur Feststellung der Bedeutung nicht verwertbar.

Von den übrigen angeführten Quellenzeugnissen handelt ein einziges von dem legatum imperfectum, die übrigen haben das testamentum imperfectum zum Gegenstande.

Das Legat wird in l. 18 D. 33. 2 imperfectum genannt, weil die Anordnung des Erblassers nicht ersehen läßt, welcher Person er einen Vorteil zuwenden will.

Von testamentum imperfectum spricht l. 21 §§ 2[a]. 3 C. 6. 23 im Hinblick auf den Mangel von Unterschrift und Siegelung der Testamentsurkunde seitens der Zeugen. Da diese Akte nach demselben Gesetze den finis testamenti ausmachen, so folgt, daß ein testamentum imperfectum umsomehr vorliegt, wenn eine zum Errichtungsakte erforderliche Handlung fehlt, die dem Schlußakte vorauszugehen hat, z. B. die Unterschrift des Erblassers. Wo diese fehlt, kann die Unterschrift und Siegelung der Zeugen die Perfektion nicht herstellen; denn sie sind finis testamenti nur da, wo sie sich dem initium anschließen, nicht, wo dieses fehlt. Dies ergibt sich auch aus § 5 durch den Gegensatz von iure consummatum und imperfecta scriptura. Denn consummatum bezeichnet die Vollendung in allen einzelnen Teilen.

Man darf überdies aus l. 18 D. 33. 2 ohne weiteres auch auf das Testament schließen und annehmen, daß ein Testament als imperfectum gilt, wenn in demselben die Person des oder eines Erben nicht ersichtlich gemacht wird. Man vgl. hierzu l. 25 D. 28. 1. Noch deutlicher folgt aber die Bedeutung des „Mangels irgend eines Formerfordernisses“ für das Wort imperfectum aus

l. 2 D. 28. 3; denn, wie Mühlenbruch in Glücks Erl. Bd. 38. S. 366—371 und Leist. bon. possessio II. 1. S. 283. II. 2 S. 101 gezeigt haben, bezieht sich dies Fragment auf den Gegensatz des Manzipationstestaments zum prätorischen Testament. Das letztere ist imperfectum gegenüber dem ersteren, weil es nicht allen Formerfordernissen der Errichtung nach ius civile entspricht.

Wie für letztwillige Verfügungen wird der Perfektionsbegriff für die Schenkung nach dem Rechte der l. Cincia verwendet. Vat. fr. § 275. 287. 312. l. 4 C. 8. 55.

Tatbestände inter vivos mit dem Prädikate imperfectus bezeichnet finden sich in:

l. 9 pr. D. 18. 1. Ulp. l. 28. ad Sab. . . . sive in ipsa emtione dissentiant, sive in pretio sive in quo alio, emtio imperfecta est.

l. 115 pr. D. 45. 1. Papin. l. 2. quaest.: Ita stipulatus sum: 'te sisti in certo loco. si non steteris 50 aureos dari spondes?' si dies in stipulatione per errorem omissus fuerit, cum id ageretur, ut certo die sisteres, imperfecta erit stipulatio non secus ac si quod pondere numero mensura continetur sine adiectione ponderis numeri mensurae stipulatus essem, vel insulam aedificari non demonstrato loco, vel fundum dari non adiecto nomine . . . . .

Hierher gehören weiter:

l. 8 p. D. 18. 6. Paul. l. 33. ad edict.: . . . et si id quod venierit appareat, quid quale quantum sit et pretium et pure veniit, perfecta est emptio . . .

Denn danach ist emtio imperfecta, wenn quid oder quale oder quantum oder pretium oder puritas fehlt. cf. l. 1 C. 11. 32 (31); l. 21 § 7 D. 50. 1; l. 5 § 1 C. 4. 44; l. 3. eod.

Aus dem Vergleiche dieses Materials muß der Schluß gezogen werden, daß in demselben das Prädikat imperfectus auf privatrechtlichem Gebiete [1]) nur solchen nicht deliktischen Tatbeständen beigelegt wird, welche in Willensäußerungen bestehen. Ferner daß es nur verwendet wird, um anzuzeigen, es sei

a) bei letztwilligen Anordnungen zwar eine Willensäußerung erfolgt, es fehle aber entweder an der Echtheit

[1]) Vgl. übrigens l. 1 § 2 D. 2. 2.

oder an einem Formerfordernisse oder an der Beobachtung der Vorschriften des zivilen Noterbenrechtes oder endlich an der deutlichen Bezeichnung des begünstigten Subjektes.

b) bei Willenserklärungen inter vivos zwar eine Willenserklärung abgegeben worden, deren Absicht auf die Herstellung eines bestimmten Tatbestandes hinweist, es fehle ihr aber

entweder an der erforderlichen Annahme von der Gegenseite (Konsens)

oder an der erforderlichen Bestimmtheit in der Richtung auf ihr Objekt

oder an der Unbedingtheit.[1])

Überall handelt es sich in erster Linie darum, festzustellen, daß das Geschehene nicht ausreicht, um den Tatbestand zu erfüllen, auf den die Absicht des Erklärenden hinzielt. Denn der in die Außenwelt getretenen Erscheinung nach könnte dies zweifelhaft sein. Daß die normale Wirkung jenes Tatbestandes in solchen Fällen nicht eintritt, ist etwas Sekundäres, das allerdings gewöhnlich in Verbindung mit der Feststellung der Unvollkommenheit ausgesprochen wird.

l. 9 pr. cit.; l. 115 p. cit.

Sprachlich bleibt es korrekt, von der Existenz des Tatbestandes zu reden, obwohl er unvollendet ist. Denn es springt in die Augen, daß der unvollendete Tatbestand durch eine weite Kluft getrennt ist von der Nichtexistenz des Tatbestandes. Man könnte den unvollendeten Tatbestand mit dem Versuch des Verbrechens vergleichen, während die Nichtexistenz des Tatbestandes eine völlige Passivität voraussetzt.

Die Bezeichnung imperfectum findet sich gelegentlich auch zum Ausdrucke der Unwirksamkeit schlechthin verwendet:

l. 63 p. D. 18. 1. Iavolen. l. 7. ex Cassio: Cum servo dominus rem vendere certae personae iusserit, si alii vendidisset, quam cui iussus erat, venditio non valet; idem iuris in libera persona est, cum perfici venditio non potuit in eius persona, cui dominus venire eam noluit.

[1]) Ganz anders Köppen, Lehrbuch des Erbrechts S. 419 ff.

l. 14 D. 46. 4. Paul. l. 12. ad Sab. Nisi consentiat acceptilatio cum obligatione et nisi verum est, quod in acceptilatione demonstratur, imperfecta est liberatio, quia verbis ea demum resolvi possunt, quae inter se congruunt.

Der Tatbestand des Kaufes bezw. des Acceptilationsaktes ist in den beiden Stellen vollständig; die Wirkung — der alienatio im ersten, der liberatio im zweiten Falle — ist dagegen imperfekt, weil sie zwar herbeizuführen versucht wurde, dieser Versuch aber erfolglos blieb. Vgl. noch l. 1 § 2 D. 2. 2 (s. u. S. 82 Nr. 4).

Vereinzelt kommt imperfectus vor, um auszudrücken, daß eine obligatorische Verpflichtung zwar bestehe, aber noch nicht erfüllt worden sei l. 9 § 3 D. 4. 2 entsprechend der Bedeutung von perficere als Vollziehen, Erfüllen einer obligatorischen Verpflichtung l. 57 D. 18. 1.

Hier ist die Auffassung, daß ein Tatbestand, durch welchen die Herbeiführung einer Vermögensleistung bezweckt wird, noch unvollkommen sei, solange der Zweck nicht durch die Leistung erreicht worden ist.

Jedenfalls wird auch in dieser Verbindung des Wortes von der Existenz des als imperfekt bezeichneten Tatbestandes ausgegangen.

Aus den obigen Untersuchungen über den Sprachgebrauch der Quellen läßt sich für die Terminologie, wenn ihr der Vorwurf, daß sie sich nicht für verpflichtet erachte, mit der Sprache der Quellen Fühlung zu halten [1]), erspart bleiben soll, die Folgerung ableiten, daß Tatbestände, welche aus besonderen Gründen die ihnen der Regel nach zukommende Rechtswirkung entbehren, mit demselben technischen Namen zu bezeichnen sind, der ihnen gebührt, wo sie jene Wirkung erzeugen. Auf die sogen. „Rechtsgeschäfte" angewendet führt diese Folgerung dahin, Tatbestände, welche man als Rechtsgeschäfte bezeichnen zu müssen glaubt, wenn sie eine bestimmte Rechtswirkung äußern, Rechtsgeschäfte auch da zu nennen, wo ihnen diese Wirkung aus besonderen Gründen abgeht. Vgl. hierzu Brinz-Lotmar,

1) Bekker, Couponprozesse S. 36 Anm.



Pand. 2a. Bd. 4. S. 397 Nr. 3: „Diese 'mißbräuchliche' Benennung kommt so häufig vor, daß man von Sprachgebrauch reden muß.“ Lotmar hatte schon früher[1]) diesen Sprachgebrauch nachgewiesen und ihn so formuliert: „man verleiht das Prädikat, das einem Vorgange in den Augen des Rechts zukommen würde, wenn er diesem so erschiene, wie er dem Handelnden erscheint, auch dann, wenn es dem Vorgange an Rechtswirkung gebricht.“

Daß Lotmar den Sprachgebrauch auf animi destinatio zurückführt, kann beanstandet werden im Hinblick auf das simulierte Geschäft, für das wir dem gleichen Sprachgebrauch begegnen (s. o. S. 58 f. 65), sowie angesichts von Fällen wie l. 18 i. f. D. 8. 4. 'inutiliter dies legati cedit' oder l. 2 § 2 D. 40. 15. 'praescriptio quinque annorum . . . non fit irrita', bei denen von animi destinatio überhaupt nicht die Rede sein kann.[2])

Lotmar[3]) bemerkt auch mit Recht gegen Bülow[4]) unter Bezugnahme auf Exner[5]), es sei keineswegs eine „entsetzliche Rechtsvorstellung“, daß man das Nichtdasein im Rechtssinne oder die Nichtigkeit als eine „Eigenschaft von etwas (im faktischen Sinne) Existierenden“ hinstellt; denn man dürfe doch Dasein für das Recht und Dasein für die Welt des Faktischen unterscheiden.[6]) —

Zum Unterschiede von den Normalfällen mag man solche Tatbestände, denen die normale Wirkung gänzlich fehlt, „unwirksam“ oder „nichtig“ nennen.[7])

Man wendet nun allerdings ein[8]): Jede Rechtswirkung setze einen bestimmten Tatbestand voraus, an welchen dieselbe vom Recht geknüpft wird. Derselbe bestehe in der Gesamtheit aller juristischer Voraussetzungen der Rechtswirkung und werde keineswegs schon erschöpft durch die Umstände, welche die systematische Betrachtung als Merkmale der einzelnen Gattungen und Arten der Rechtstat-

[1]) Über causa S. 11—13. — [2]) Vgl. Zitelmann, Irrtum S. 287. 299. 300. — [3]) Bei Brinz a. a. O. S. 396 N. 1. — [4]) Arch. f. d. civ. Pr. 62 S. 77. — [5]) Tradition S. 285 Anm. 105. — [6]) Vgl. Bechmann, Kauf I. S. 548. II. S. 13. Endemann, Verbotsgesetze S. 77, der freilich den Einwänden Schloßmanns (s. unten zu N. 8) eine gewisse Berechtigung zugesteht; Hölder, Pand. S. 305 Anm. 1. — [7]) So Leonhard, Der Irrtum etc. S. 296. — [8]) Schloßmann, Zur Lehre vom Zwang S. 12 ff.

sachen, z. B. der Verträge und deren Klassen, der Delikte, des Testaments aufstellt. Einen vollen rechtlichen Tatbestand erhielten wir erst, wenn wir mit den Merkmalen der individuellsten Objekte der systematischen Betrachtung all dasjenige verbinden, was in allgemeinen Regeln und Lehrsätzen auch für sie prädiziert worden sei. So sei es auch beim sog. „Rechtsgeschäft". Im System trete es auf losgelöst von zahlreichen Voraussetzungen, ohne deren gleichzeitiges Vorhandensein eine Rechtswirkung niemals eintreten könne. Sobald es aber in praktischer Beziehung in Frage komme, müsse es jene künstlich geschaffene Selbständigkeit aufgeben und könne nur noch als ein unselbständiger Teil in dem gesamten Komplex der für die konkrete Rechtswirkung erforderlichen tatsächlichen Voraussetzungen behandelt werden. Wie es in der Natur für den Eintritt einer bestimmten Wirkung völlig gleichgiltig sei, ob von der Gesamtheit ihrer notwendigen Ursachen alle oder eine fehlten, so sei auch ein juristischer Tatbestand nicht vorhanden, wenn es nur an einem seiner Momente gebreche.

Gegen die Logik dieser Ausführung wird sich nichts erinnern lassen. Allein auf diese Logik kommt es nicht an, wenn nicht zugleich feststeht, daß die Rechtswissenschaft (natürlich einschließlich der Rechtsprechung) von der Betrachtungsweise ausgehen müsse, die den obigen Einwendungen zu grunde liegt. Dieser Betrachtungsweise erscheinen alle tatsächlichen Voraussetzungen, welche das Recht für eine konkrete Rechtswirkung aufstellt, gleichartig. Sie übersieht dabei aber, daß dieselben sich in zwei verschiedene Arten tatsächlich zerspalten[1]): solche, welche in die äußere Erscheinung treten, also für jedermann wahrnehmbar sind, der sich in Gesichtsweite befindet[2]), und solche, welche eine Veränderung in dem bestehenden Zustande der Dinge nicht mit sich bringen, also der äußeren Erscheinung und Wahrnehmung sich entziehen. Vergleichen wir z. B. das Testament, so finden wir als Voraussetzungen seiner Rechtswirkung:

[1]) cf. Eisele, Die materielle Grundlage S. 79 zu Nr. 34. — [2]) Zitelmann, Irrtum S. 287. Burckhard, Die civilist. Präsumtionen S. 156. s. Langenbeck, Die Beweisführung in bürgerl. Rechtsstreitigkeiten II S. 280/1.

einerseits die Äußerung eines Willens von bestimmter Form und bestimmtem Inhalt sowie den Tod des Erklärenden,

anderseits Testierfähigkeit des Testators, testamentifactio passiva des Eingesetzten, Überleben desselben, Beobachtung der Vorschriften des Noterbenrechts etc. etc.;

oder nehmen wir den Kaufvertrag, so erfordert derselbe zu seiner Rechtswirksamkeit:

einerseits die Abgabe übereinstimmender Erklärungen über merx und pretium,

anderseits Handlungsfähigkeit der Kontrahenten, erlaubten Inhalt, Existenz der res etc.

oder die acceptilatio, so erheischt sie

einerseits kongruierende Frage und Antwort,

anderseits Handlungsfähigkeit der Kontrahenten, Bestand einer Stipulationsschuld, Unbedingtheit, Unbefristetheit etc.

oder endlich ein Delikt, so können wir unter seinen Tatbestandsmerkmalen auseinanderhalten:

einerseits den sog. objektiven Tatbestand, d. h. den äußerlich wahrnehmbaren Eingriff in fremde Rechtssphäre,

anderseits den subjektiven Tatbestand, d. h. das Verschulden des Delinquenten.

Wer wollte leugnen, daß die in diesen Beispielen einander entgegengestellten Tatbestandsmerkmale einen verschiedenen Charakter tragen? Was liegt also näher für die Rechtsordnung, als bei Aufstellung ihrer Sätze dieser Verschiedenheit Rechnung zu tragen und in den Mittelpunkt diejenigen Tatbestandsmerkmale zu stellen, welche der äußeren Wahrnehmung allgemein zugänglich sind? oder anders ausgedrückt: diese Merkmale zum Ausgangspunkt zu nehmen für die Anknüpfung bestimmter Rechtswirkungen selbst auf die Gefahr hin, hiermit von den Anforderungen strenger Logik in etwas abzuweichen? Gewinnt sie doch so die Möglichkeit, scharf abgegrenzte Tatbestände, Tatbestandstypen in einfacher Weise aufzustellen.[1]) Wenn sie nun in dieser Weise verfährt, so ist es nur die Kehrseite des Ver-

---

[1]) Bechmann, Kauf II S. 13.

fahrens, zu unterscheiden, ob die sonstigen Voraussetzungen der Rechtswirkungen sich um den äußerlich erkennbaren Tatbestand im konkreten Falle gruppiert finden oder nicht und den ersten Fall als den Normalfall zu betrachten, letzterenfalls aber zu bestimmen, daß die Wirkungen nicht eintreten, die sich sonst an den Tatbestand anknüpfen müßten, weil der letztere nicht von allen zu seiner Wirksamkeit erforderlichen Voraussetzungen umgeben ist. Auch bei den nach Naturgesetzen sich vollziehenden Wirkungen findet sich ein ähnlicher Sprachgebrauch in Fällen, wo die Wirkung teils von äußerlich erkennbaren, teils von verborgenen Ursachen abhängt. Das Öffnen des Auges bezeichnen wir als den Tatbestand, welcher das Erblicken der Außenwelt zur Folge hat. Es ist aber klar, daß diese Folge weiter bedingt ist von der Ungestörtheit der Funktionen des Sehnervs. Fehlt die letztere im konkreten Falle, so fällt es niemandem ein, zu leugnen, daß der Augenaufschlag erfolgt sei, sondern es wird für diesen Fall dem Augenaufschlag die übliche Folge abgesprochen, weil es an den Umständen gebricht, unter denen gewöhnlich diese Bewegung erfolgt. Und wenn es auch zuträfe, daß man auf dem Gebiete des Strafrechts nicht von straflosen und strafbaren Verbrechen spricht,[1] so ist es doch nicht zu bestreiten, daß man den straflosen objektiven Tatbestand mit derselben Bezeichnung belegt, welche der Straftat zukommt. Niemand wird Bedenken tragen, von einem „Totschlag“ in Notwehr, von der „Sachbeschädigung“ oder „Körperverletzung“ seitens eines Geisteskranken oder eines Kindes zu sprechen. Übrigens scheut sich die Sprache des Gesetzes nicht, in Fällen, wo durch die Tat ein Strafrecht des Staates ausnahmsweise nicht begründet wird, von „strafbarer“ Handlung zu reden. Vgl. RStGB. §§ 55. 56. 59. 194. 232.

Für die Wissenschaft des römischen Rechts ist nun zuzusehen, wie die Quellen selbst sich verhalten. Da ergibt sich denn aus dem hier beigebrachten Material der unabweisbare Schluß, daß die Römer genau so verfuhren, wie es vorhin als sehr naheliegend erklärt wurde. Sie legen

---

[1]) Schloßmann a. a. O. S. 17 Nr. 25.

in der Tat das Gewicht auf die in die Sinne fallende Erscheinung des Tatbestandes, wo sie über den Eintritt oder das Ausbleiben von Rechtswirkungen urteilen.

Man vergleiche l. 11 § 7 D. 24. 1 im Gegensatze zu l. 11 § 9 eod., von welchen Stellen die erste sagt: traditio . . . egit aliquid, die letztere: nihil agitur ea traditione? Es ist unverkennbar, daß als das agens dort die traditio angesehen und daß hier der traditio der Charakter eines agens abgesprochen wird.

l. 57 § 1 D. 18. 1. Si autem venditor quidem sciebat domum esse exustam, emptor autem ignorabat, nullam (M: nullo modo) venditionem stare, si tota domus ante venditionem exusta sit: si vero quantacunque pars aedificii remaneat, et stare venditionem et venditorem emtori quod interest restituere.

Was äußerlich sichtbar wird, ist hier die venditio; von ihr wird in dem einen Fall ausgesagt: nullo modo stare, im andern stare venditionem. In beiden Fällen wird sohin das Urteil des Rechts abgestellt auf den Tatbestand venditio, der in beiden von verschiedenen, eine Veränderung in der Außenwelt nicht hervorrufenden Umständen begleitet ist, dem totam domum esse exustam im einen, dem remanere aliquam partem aedificii im anderen.

l. 8 § 5 D. 30. Si ei servo, qui testamento legatum acceperit, libertas codicillis datur, utile legatum esse dicemus, quasi ab initio constiterit legatum. Der Tatbestand, von welchem ausgesagt wird, daß er ein utile legatum sei, ist das legare testamento. Doch soll diese Utilität bedingt sein durch das dare libertatem codicillis. Vorher legatum non constitit; denn erst nachher wird es behandelt, quasi ab initio constiterit. Die Wirkung, welche eintritt, wird mithin angeknüpft an die äußere Erscheinung des legare, vorausgesetzt, daß der legatarius servus mit dem Tode des Erblassers frei wird; andernfalls hat jener Tatbestand die ihm sonst beigelegte Wirkung nicht.

l. 19 i. f. D. 37. 4 (oben Bd. XXIII S. 406 C. 1) versagt den tabulae testamenti den effectus, den sie gehabt hätten, wenn die Eingesetzten den Erblasser überlebt bezw. wenn sie testamentifactio passiva besessen hätten.

l. 12 p. D. 23. 3 (s. o. S. 406 Nr. 3). Donatio ist da; allein während sie sonst Wirkungen äußert, bleibt sie, d. h. der äußerlich wahrnehmbare Tatbestand des Schenkens, unter Eheleuten ohne Wirkung.

l. 46 § 7 D. 49. 14 (o. S. 406 Nr. 4). Von venditio heißt es hier, daß sie nullas vires habet aus dem in der Stelle angegebenen Grunde. Würde dieser Grund nicht bestehen, so müßte die venditio demnach vires habere. Das Ding, von dem bald vires habet, bald vires non habet ausgesagt wird, bleibt also immer dasselbe, die venditio, d. i. der in Konsenserklärung über merx und pretium zur Erscheinung kommende Tatbestand.

l. 63 D. 23. 2 (o. S. 407 Nr. 1). Das arg. e contrario zwingt zu dem Schluß: matrimonium erit, wenn nicht gegen ein Verbot das uxorem ducere erfolgt. uxorem ducere ist sonach der Tatbestand, dessen regelmäßige Wirkung (matrimonium) unter gewissen Umständen ausbleibt.

Gai. I. 147 (o. S. 409 Nr. 4). Danach ist die heredis institutio eines extraneus postumus zwar verpönt, aber sie bleibt institutio; verglichen mit der institutio postumi sui entbehrt sie freilich der Wirkung, die jene hat.

l. 29 § 1 D. 29. 1 (o. S. 410 Nr. 1). Die manumissio wird als wirkungslos erklärt für den besonderen Fall, daß ihrer (sonstigen) Wirkung, der libertas, die lex Aelia Sentia in den Weg tritt.

l. 7 D. 45. 1 (o. S. 412 Nr. 12). Stipulatio ist auch vorhanden, wenn sie sub impossibili condicione erfolgt.[1] Nur steht ihrer sonstigen Wirkung gerade die impossibilis condictio entgegen.

l. 77 D. 50. 17 (o. S. 413 G. Nr. 1). Danach bedarf es erst eines Umstandes, der den actus legitimus fehlerhaft macht, wenn seine unter normalen Verhältnissen eintretende Wirkung ausgeschlossen sein soll. Actus legitimus aber ist der durch bestimmte Erklärungen in die Außenwelt tretende Akt der emancipatio, acceptilatio etc.

l. 51 (50) pr. D. 28. 5 (o. S. 413 Nr. 2). Die heredis institutio servi, d. h. der im Testament zum Ausdrucke ge-

---

[1]) cf. Koschembahr-Lyskowski S. 115 § 9.

langte Erbeinsetzungswille, hat unter den in der Stelle angegebenen Voraussetzungen die Folge des heredem esse; mangelt es aber an einer dieser Voraussetzungen, so wird dieser Tatbestand fehlerhaft und die Wirkung bleibt aus.

l. 13 D. 45. 3 (o. S. 414 Nr. 4 oben) τὸ ἰσάζον corrumpit stipulationem drückt den Gedanken aus, daß die Rechtswirkung, welche der Regel nach an den äußeren Tatbestand der stipulatio sich anknüpft, fehlt, wenn dieser Tatbestand verdorben ist.

l. 49 (48) D. 28. 5 (o. S. 414 Nr. 1). Unter den in der Stelle erwähnten Umständen ist der Sklave als non iure manumissus zu betrachten. Manumissus wird er trotzdem genannt, ein Beleg, daß sich der Jurist die Alternative eines iure und eines non iure manumitti vorstellt, unter dem letzteren aber einen Manumissionsakt denkt, dem die Wirkung abgeht, weil er von abnormalen Verhältnissen umgeben ist. Vgl. hierzu l. 20 § 1 D. 28. 7. Labeo l. 2. posteriorum a Iavoleno epitomat.: Si quis hereditarium servum iussus est manumittere et heres esse, quamvis, si manumiserit, nihil agat, tamen heres erit: verum est enim, eum manumisisse ...

l. 19 D. 49. 1 (o. S. 415 Nr. 9). Indem der sententia quae non iure profertur die Wirkung der Streitbeendigung abgesprochen wird, wird implizite anerkannt, daß der streitbeendigende Tatbestand die sententia prolata sei, also wiederum ein äußerlich erkennbarer Akt, dem die Wirkung nur wegen besonderer, nicht in die Sinne fallender Umstände abgeht.

l. 4 D. 26. 8. .. si tutor auctoretur, cui administratio tutelae concessa non est, id ratum a praetore haberi non debet ... item si eo auctore emam quia tutela fuerit remotus: nec enim id ratum haberi.

Das auctorari des tutor ist es, was die Handlung des Pupillen und das Handeln mit dem Pupillen wirksam macht. Dieses auctorari ist aber unter Umständen als fehlerhaft der Wirkung entkleidet.

l. 4 C 7. 11. Si minor viginti annis ad libertatem praestandam homines tradidisti, senatusconsulto quod gestum

est irritum constituitur. Quod gestum est ist die traditio hominum. Geschieht sie nicht ad libertatem praestandam, so ist sie der Regel gemäß wirksam; irrita ist sie, i. e. der Traditionsakt aus dem besonderen Grunde, den die Stelle anführt.

l. 3 C. 2. 21 (22) (o. S. 420 Nr. 2). Die normale Wirkung jedes contractus besteht in dem Zwange zum servare contractum; diese Wirkung kann aber aus besonderen Gründen fehlen.

Vgl. den gleichen Standpunkt der l. 7 § 16 D. 2. 14 für das pactum.

l. 30 D. 23. 2. Simulatae nuptiae nullius momenti sunt, d. h. Nuptiae, der erkennbare Tatbestand des nubere, ist zwar auch bei simulatio vorhanden; allein während dieser Tatbestand ohne Simulation rechtliche Bedeutung hat, entbehrt er dieselbe bei unterlaufender Simulation. Vgl. ferner sämtliche oben S. 421/2 für nullius momenti esse angeführten Stellen.

Die gleiche Auffassung kehrt wieder für die Tatbestände, die als inutilia bezeichnet (o. S. 422/3) und für jene, die mit non valere prädiziert werden (o. S. 423/4). Daß sie die Verwendung von nullum esse und non esse ebenfalls beherrscht, folgt aus den obigen Ausführungen (S. 59 ff.) zur Genüge. Sie liegt aber auch den Wendungen pro nihilo esse, pro non facto haberi, inane esse und frustra facere zu grunde, wie die folgenden Beispiele zeigen mögen:

Weil der äußerlich erkennbare Tatbestand der conductio, d. h. die Konsenserklärung über merces und res utenda als der wirkende Tatbestand gedacht wird, deshalb wird beim Ausbleiben der Wirkungen quasi nulla mercede statuta von diesem Tatbestand gesagt: pro nihilo esse conductionem: l. 25 p. D. 19. 1, weil das iurare in iure, also etwas allgemein Wahrnehmbares, als die Ursache gewisser Wirkungen gedacht wird, deshalb wird das wirkungslose iurare angesehen, als wäre es kein iurare: l. 33 D. 12. 2. iurasse non videtur; weil die Tatsache des Kontrahierens als Ursache der Entstehung einer actio gilt, deshalb wird diese Tatsache inanis genannt, wo ausnahmsweise jene Wirkung ausbleibt: l. 11 D. 44. 7. inanem actum nostrum efficiunt; weil die Tat-

sache der conventio als der Grund für die Obligierung erscheint, deshalb wird die conventio eine vergebliche genannt, wo sie eine Obligierung nicht zur Folge hat: l. 14 D. 17. 2; frustra hoc convenire.

Noch entschiedener kommt die erwähnte Betrachtungsweise zum Ausdrucke in der Wendung non posse fieri oder facere. Denn obwohl hier auf der Hand liegt, daß der äußere Tatbestand ohne alle Schwierigkeit hergestellt werden kann, wird diese Möglichkeit verneint, wo die Rechtswirkung fehlt. Doch wohl aus keinem andern Grunde, als weil mit der Annahme des äußeren Tatbestandes sich die Vorstellung seiner Rechtswirkung verbindet (s. die sämtlichen oben S. 416/9 sub J. angeführten Stellen).

Auf die gewonnenen Ergebnisse läßt sich gewissermaßen die Probe machen, wenn die Fälle herangezogen werden, in welchen die Quellen aus besonderem Grunde sich veranlaßt sehen, die Wirksamkeit eines Tatbestandes hervorzuheben.

Adoptare possunt in l. 2 § 1 D. 1. 7 (o. S. 385 Nr. 1); emancipare potest in l. 4 D. 1. 7 (o. S. 387 Nr. 3); sponsalia non infirmat in l. 8 D. 23. 1 (o. S. 388 Nr. 5); traditio egit aliquid in l. 11 § 7 D. 24 (o. S. 390 d); nec tamen emptioni obstat in l. 16 § 1 D. 18. 1 (o. S. 391 Nr. 4 b); recte enim negotium gerere intelligitur in l. 35 § 3 D. 18. 1 (o. S. 391 Nr. 4 c); emtio valet in l. 7 § 1 D. 18. 1 (o. S. 391 Nr. 4 d); vires habere stipulationem in l. 38 § 6 i. f. D. 45. 1 (o. S. 392 Nr. 5 d); transactio rata est in l. 8 § 25 D. 2. 15 (o. S. 392 Nr. 6 b); donationem effectum habituram in l. 32 § 23 D. 24. 1 (o. S. 393 Nr. 8 c); pactum servandum in l. 12 p. D. 23. 4 (o. S. 395 Nr. 10 g); non vitiare legatum in l. 6 § 1 D. 33. 8 (o. S. 396 Nr. 12 e); erit utilis ea institutio in l. 69 (68) D. 28. 5 (o. S. 397 Nr. 16 g).

Überall ist es ein sichtbarer Vorgang, welchem eine rechtliche Wirksamkeit zugeschrieben wird: wie die Förmlichkeit der Adoption und Emanzipation, die Erklärung des Verlöbniskonsenses, die Besitzübergabe, die Erklärung des Kaufkonsenses, die kongruente Frage und Antwort der Stipulation, die Erklärung und Annahme des Vergleichswillens, des Schenkungswillens, des duorum pluriumve in idem pla-

citum consensus (= pactum), der Anordnung des Legats oder der Erbeinsetzung.

Nirgends wird auch nur angedeutet, daß die Wirksamkeit deshalb eintrete, weil außer dem sichtbaren Vorgange auch noch andere allgemeine Voraussetzungen der Wirksamkeit vorliegen. Vielmehr wird die Wirksamkeit eben des sichtbaren Vorgangs bekräftigt, um Zweifel auszuschließen, welche aus der besonderen Umgebung desselben abgeleitet werden könnten.

Dem entgegen versucht man von anderer Seite [1]) gerade die Sprache der Quellen dafür anzurufen, „daß auch sie ein Rechtsgeschäft im Rechtssinne nur dann als vorhanden annehmen, wenn der gesamte Tatbestand, welcher die juristische Voraussetzung einer Rechtswirkung bildet, vorliegt; unter dieser Voraussetzung allein hielten sie den Gebrauch der technischen Bezeichnung des Geschäfts für zulässig, jeden anderen Gebrauch derselben für mißbräuchlich.“

Das soll insbesondere hervorgehen aus folgenden Stellen:

1. l. 2 § 1 D. 29. 3 (o. S. 67). Allein diese Stelle ist weit entfernt davon, den Gebrauch des Wortes testamentum überall da mißbräuchlich zu nennen, wo nicht alle Voraussetzungen der Rechtswirkung vorliegen. Vielmehr bringt dieselbe das iure perfectum testamentum in Gegensatz:

a) zum testamentum falsum, d. i. dem unechten Testament, also der gar nicht vom Erblasser ausgegangenen Verfügung,

b) zum testamentum iniustum, d. i. nach l. 1 D. 28. 3 zu demjenigen letzten Willen, welchem die solemnia iuris fehlen,

c) zum testamentum irritum, d. i. jenem, welches non adita hereditate der Wirkung entbehrt,

d) zum testamentum ruptum, d. i. dem Testament, das der Wirkung beraubt wird durch ein zweites Testament oder durch agnatio postumi,

e) zum testamentum imperfectum, d. i. demjenigen, welchem die deutliche Bezeichnung des begünstigten Subjekts fehlt (o. S. 68).

---

[1]) Schloßmann a. a. O. S. 16f.

Daß ein mißbräuchlicher Sprachgebrauch vorliege, wenn testamentum gesagt wird von der Erbeinsetzung seitens eines filius familias, prodigus, furiosus oder von der Person, welche testamenti factio passiva nicht besitzt oder welche in arbitrium tertii verstellt ist, bleibt dahingestellt.

Übrigens nimmt Ulpian keinen Anstand, sich selbst mit den andern der mißbräuchlichen Verwendung des Wortes testamentum zu zeihen (appellamus), woraus folgt, daß man an dem abusus keinen Anstand nahm.

2. l. 24 D. 40. 7: .. nam spopondisse (scil. servus) aliqua significatione dici potest, etiamsi non sit secuta obligatio. Hier wird der Gebrauch von spondere für den Sklaven durchaus nicht für mißbräuchlich erklärt, sondern gerade im Gegenteil gerechtfertigt. Es wird angedeutet, daß man regelmäßig eine obligatio im Gefolge des spondere denkt, daß man aber doch in einem gewissen Sinne von spondere auch reden könne, wenn obligatio non secuta est.

3. l. 4 § 6 D. 42. 1. Condemnatum accipere debemus eum, qui rite condemnatus est, ut sententia valeat: ceterum si aliqua ratione sententia nullius momenti sit, dicendum est, condemnationis verbum non tenere. Die letzten Worte sagen nicht, daß von condemnatio mißbräuchlich gesprochen werde, sondern daß das Wort der condemnatio (nicht: das Wort condemnatio) keine Verbindlichkeit habe (tenere), wenn die sententia nullius momenti sei, d. h. obwohl der Richter ausgesprochen hat: Condemno N^m^ N^m^, bindet das den N. N. doch nicht. Als mit Wirksamkeit kondemniert kann daher freilich nur der rite condemnatus erachtet werden.

4. l. 1 § 2 D. 2. 2. Haec autem verba: 'quod statuerit qui iurisdictioni praeest' cum effectu accipimus, non verbo tenus: et ideo si, cum vellet statuere, prohibitus sit nec effectum decretum habuit, cessat edictum. nam statuit verbum rem perfectam significat et consummatam iniuriam, non coeptam. et ideo si inter eos quis dixerit ius, inter quos iurisdictionem non habuit, quoniam pro nullo hoc habetur nec est ulla sententia, cessare edictum putamus: quid enim offuit conatus, cum iniuria nullum habuerit effectum?

Diese Stelle handelt von dem Edikte: Quod quisque iuris in alterum statuerit, ut ipse eodem iure utatur und

hebt in ihrem Anfange geradezu hervor, daß die wörtliche Bedeutung von statuere den sichtbaren Akt des magistratischen Dekretes bezeichne. Im Sinne seines Ediktes wolle aber der Prätor von dem Wortsinne abweichen und unter statuere verstehen: cum effectu statuere. Demgegenüber bedeuten die letzten Worte der Stelle nicht, daß sententia von dem Spruch eines durch den inkompetenten Prätor bestellten iudex gesagt, ein Mißbrauch des Wortes, sondern daß diese sententia wirkungslos sei.

Man mag nun in all den Fällen, wo dem sichtbaren Tatbestande aus gewissen Gründen die Wirkung abgeht, sofern dieser Tatbestand in einer Willenserklärung besteht, ihm die Eigenschaft eines „Rechtsgeschäfts“ im Sinne moderner Terminologie absprechen, eine Konsequenz aus der römischen Sprechweise ist das nicht; denn es bleibt die Wahrnehmung bestehen, daß in solchem Falle doch der Tatbestand vorliegt, welchen die Römer der Regel nach als die Voraussetzung von gewissen Rechtswirkungen ansehen und den sie nur aus besonderen Gründen der Auslösung solcher Wirkungen für unfähig halten.[1])

Auch Karlowa[2]) verwirft die Bezeichnung „nichtig“ als Prädikat des Rechtsgeschäfts, einmal, weil es zweifelhaft erscheine, ob der Begriff der Nichtigkeit als Unfähigkeit zur Erzeugung der normalen Wirkungen, auf Rechtsgeschäfte beschränkt werden dürfe und nicht vielmehr auf alle iuristischen Tatsachen ausgedehnt werden müsse; sodann, weil, wie schon Unger[3]) hervorgehoben habe, die Folge mit dem Grunde verwechselt werde.

Wollte man den Nichtigkeitsbegriff auf alle juristischen Tatbestände anwenden, so verlöre er allen Wert. Denn dann gäbe es eben nur gewisse Tatsachenkomplexe von rechtlicher Wirkung; fehle auch nur eine zugehörige Tatsache, so bleibe auch die Rechtswirkung aus.

Die Verwechselung von Grund und Folge liege aber zu Tage, da ein Rechtsgeschäft wirkungslos sei wegen seiner Nichtigkeit und nicht umgekehrt. Man müsse daher

[1]) Vgl. auch Brodmann, Der Stoff des Rechts S. 110. Danz, Die Auslegung der Rechtsgeschäfte S. 35 ff. 40. — [2]) Das Rechtsgeschäft, S. 117. — [3]) System des österr. allg. Privatrechts II § 91.

die herkömmliche Definition des Rechtsgeschäftes aufgeben und dasselbe als etwas von seinem Errichtungsakt Verschiedenes bestimmen, als „die durch den Errichtungswillen infolge der Anerkennung seitens der Rechtsordnung bewirkte Fessel und Gebundenheit der Parteien bezüglich des Eintritts der ins Auge gefaßten Rechtswirkung". Trete diese Gebundenheit wegen eines Mangels der Errichtung nicht ein, so sei überhaupt kein Rechtsgeschäft zur Existenz gekommen, negotium nullum. Der Begriff nichtig = wirkungslos sei daher nicht auf das Geschäft, sondern auf den Errichtungswillen anzuwenden.

Das erste Bedenken Karlowas besteht für uns aus den bereits angeführten Gründen nicht.

Wenn es wahr ist, daß die Römer an Tatbestandstypen, aus erkennbaren Tatsachenkomplexen bestehend, die Rechtswirkung angeknüpft gedacht haben, so hat der Nichtigkeitsbegriff für jeden juristischen Tatbestand die Bedeutung, daß seine Wirkungsfähigkeit fehlt, falls gewisse anderweitige Umstände bestehen, deren Vorhandensein diese Fähigkeit ausschließt. Verwechslung von Grund und Folge kann aber gewiß demjenigen nicht zum Vorwurf gemacht werden, dem Wirkungsunfähigkeit gar nicht Ursache der Nichtigkeit, sondern mit Nichtigkeit synonym ist.[1]) Eben deshalb nötigt auch nichts zur Bezeichnung des Errichtungswillens als nichtig, wo es sich um sogenannte Rechtsgeschäfte handelt, sobald man nicht den Rechtsgeschäftsbegriff Karlowas acceptiert. Täte man freilich dies, d. h. verstünde man unter Rechtsgeschäft „die durch den Errichtungswillen bewirkte Fessel und Gebundenheit der Parteien", so könnte man allerdings nicht von dem Vorhandensein eines Rechtsgeschäfts sprechen, wo diese Gebundenheit nicht bewirkt ist; denn das hieße sich eine „nicht bewirkte Gebundenheit" vorstellen.

Karlowa sucht auch darzulegen, daß der schroffe Gegensatz zwischen dem rechtlich existenten Geschäfte und dem negotium nullum die tatsächlichen Erscheinungen der Quellen keineswegs erschöpfe. Unter Berufung auf Kretschmar[2])

---

[1]) Vgl. auch Zitelmann, Irrthum S. 298/9. — [2]) Die Natur des Prälegats S. 211—215.

unterstellt er den römischen Juristen eine Distinktion zwischen letztwilligen Verfügungen, welche non data und solchen, welche inutiliter data sind, und geht über Kretschmar hinaus, indem er diese Unterscheidung verallgemeinert wissen will.

Während aber Kretschmar inutiliter datum das aus einem Rechtsgrunde und trotz des Willens des Testators Ungültige nennt, non datum das vom Erblasser nicht oder nicht vollständig oder bei Kenntnis der Sachlage vermutlich nicht Gewollte und deshalb Ungültige, stellt Karlowa die angebliche Unterscheidung darauf ab, daß non datum oder nullum negotium im strengsten Sinne das Geschäft sei, bei welchem es an den notwendigen Voraussetzungen des Errichtungswillens fehle, inutiliter datum jenes, wo diese Voraussetzungen erfüllt sind, jedoch aus einem andern Grunde die gewollte Rechtswirkung ausbleibe. Wo es nicht am Errichtungswillen fehle, da könne das Geschäft auch, wenn schon nicht die beabsichtigte, so doch eine andere Wirkung hervorbringen.[1])

Das letztere soll sich insbesondere aus Gaius III. 176. 179 ergeben, wonach die Novationspromission eines Pupillen oder einer mulier sine tutoris auctoritate zwar keine obligatio erzeugt, aber doch die bestehende obligatio aufhebt, während auch dies nicht der Fall sei bei Promission seitens eines Sklaven. Bei diesem fehle es nämlich an dem erforderlichen, rechtlich anerkannten Errichtungswillen, der bei mulier und pupillus gegeben sei.

Dementgegen möchte ich annehmen, es erkläre sich die Novationswirkung bei Promission des Pupillen und der mulier aus der Tatsache genügend, daß hierdurch eine naturalis obligatio begründet wurde (vgl. Gai. III. 119 u. § 3 J. 3. 29 (30)) und daß daher von posterior stipulatio inutilis oder nulla gesprochen wird nur, weil keine actio entsteht.

Dagegen wendet freilich Salpius[2]) ein nicht bloß, daß es bei promissio servi anders gehalten werde, obgleich doch auch sie eine naturalis obligatio erzeuge, sondern auch, daß die Annahme falsch sei, wonach das Minimum der Novationserfordernisse in der Begründung einer obligatio naturalis bestehe. Vielmehr müsse man in l. 1 § 1 D. 46. 2 die Worte:

---

[1]) Karlowa a. a. O. S. 120. — [2]) Novation S. 149. 150.

dummodo sequens obligatio aut civiliter teneat, aut naturaliter streng disjunktiv verstehen, d. h. man müsse darin ausgesprochen finden: entweder ist eine formell giltige civilis obligatio notwendig, gleichviel ob ihre Wirksamkeit durch exceptio völlig, nämlich auch in ihrem naturalen Bestandteil, zerstört ist, oder eine naturalis obligatio.

Allein daraus folgt doch nicht, daß Novation nicht eintrete, wenn eine naturalis obligatio begründet wird.

Es bleibt daher nur die eine Schwierigkeit, daß die promissio servi nicht zur Novation führt.

Dafür gibt aber Karlowa selbst, wie mir scheint, eine ausreichende Erklärung.[1])

Abgesehen von alledem wäre es doch auch eine seltsame Laune der Rechtsordnung, wenn sie einerseits das Gewicht auf den Errichtungswillen legen und anderseits bei dessen Vorhandensein gerade nicht gewollte Wirkungen eintreten ließe, wo die gewollten wegen anderer Mängel des Geschäfts nicht eintreten können.

Übrigens läßt sich die Unhaltbarkeit der Behauptung, daß die Quellen zwischen non datum oder nullum und inutiliter datum unterscheiden, vollständig widerlegen.

Karlowa rechnet die Beobachtung der vorgeschriebenen Form des Geschäfts zu den Erfordernissen des Errichtungswillens und nimmt nullum negotium an, wo es an dieser Form fehlt.

Trotzdem sagt uns Gaius II. 229 De inutiliter relictis legatis: Ante heredis institutionem inutiliter legatur ... cf. § 34 J. 2. 20.

In l. 65 D. 35. 2 wird ein Legat von 50 aurei unter der Bedingung, daß der Legatar 50 aurei dem Erben geben würde inutile und magis ridiculum genannt, während man wegen Mangels jedes Errichtungswillens nullum legatum erwarten müßte, wenn jene Unterscheidung gemacht würde. Desgleichen ist es nach l. 34 § 2 D. 40. 5 inutiliter legatum, wenn ein Sklave mit der Auflage der Freilassung dem Calpurnius Flaccus, bei Nichterfüllung der Auflage dem Titius vermacht und für den Fall auch Titius ihn nicht freiließe, dem Sklaven die Freiheit vermacht wurde.

---

[1]) S. 119 Z. 4 ff. v. o.



Endlich wird in l. 6 p. D. 48. 10 ein legatum contra SC Libonianum als inutile bezeichnet, obgleich doch die Inutilität auf der Annahme der Fälschung, also des mangelnden Errichtungswillens beruht.

Den Mangel der testamenti factio in der Person des Vermächtnisnehmers rechnet Karlowa [1]) ebenfalls zu den Voraussetzungen des Errichtungswillens, und folglich ist ihm das legatum zu gunsten eines Unfähigen non datum, nicht inutile.

Aber Gaius III. 238. 241 berichtet, daß incertae personae inutiliter relinquitur und postumo alieno inutiliter legatur. Vgl. §§ 24—26 J. 2. 20.

Andere Stellen zeigen uns den synonymen Gebrauch von nullum und inutile, so l. 82 § 2 i. f. D. 31 und l. 29 D. 23. 3; l. 82 § 5 D. 30 und l. 75 § 1 D. eod. für Legate, l. 9 § 6 D. 12. 1 und § 11 J. 3. 19 für Stipulationen, l. 54 p. D. 17. 1 und l. 1 C. 4. 36 für das Mandat.

Die besprochenen Bedenken dürften nach alledem nicht geeignet sein, die Berechtigung des Sprachgebrauches: „nichtiger juristischer Tatbestand", „nichtiges Rechtsgeschäft" vom Standpunkte der römischen Quellen aus zu erschüttern.

Die Quellen zeigen uns aber auch krankhafte Tatbestände (Rechtsgeschäfte), welche zwar die normale Wirkung nicht schlechthin entbehren, aber derselben nicht in dem Grade teilhaftig sind, welcher in Ermanglung jeder pathologischen Erscheinung dem Tatbestande entsprechen würde. Man hat sich gewöhnt, Tatbestände dieser Art, soweit sie unter den Rechtsgeschäftsbegriff gestellt werden, „anfechtbar" zu nennen.

Wir wenden uns im Folgenden zunächst der Feststellung des Verhältnisses zu, in welchem die Sprache der Quellen zu den Fällen dieser Art steht.

V.

Bisweilen findet sich von einem Tatbestande ausgesagt, daß eine retractatio desselben zulässig sei.

So in l. 32 § 14 D. 4. 8. Paul. l. 13 ad edict.: Cum quidam arbiter ex aliis causis inimicus manifeste apparuisset,

[1]) a. a. O. S. 128.

testationibus etiam conventus ne sententiam diceret, nihilo minus nullo cogente dicere perserverasset, libello cuiusdam id querentis imperator Antoninus subscribsit posse eum uti doli mali exceptione. et idem cum a iudice consuleretur, apud quem poena petebatur, rescripsit, etiamsi appellari non potest, doli mali exceptionem in poenae petitione obstaturam. per hanc ergo exceptionem quaedam appellandi species est, cum liceat retractare de sententia arbitri.

Die sententia arbitri ist bestimmt, das Rechtsverhältnis unter den Parteien endgiltig zu regeln, mag sie inhaltlich zutreffend sein oder nicht. Von einer Appellation kann keine Rede sein. Das ist die Regel. Leidet aber der Schiedsspruch an dem begründeten Verdachte der Parteilichkeit, so soll derjenige, der behauptet, daß sie gegen ihn sich richte, in die Lage versetzt werden, eine andere Instanz gegen den Schiedsspruch anzurufen, indem er sich Folge zu leisten weigert, es auf die Klage ex compromisso ankommen läßt und dieser die Behauptung der Parteilichkeit entgegensetzt. Der Richter hat alsdann diese Behauptung auf ihre Wahrheit zu prüfen, und wenn er sie begründet findet, den Beklagten zu absolvieren. Dadurch wird die sententia arbitri ihrer Rechtswirkung entkleidet.

Auf jeden Fall wird dem Beklagten die Möglichkeit eröffnet, die Kraft des Schiedsspruchs von einer erneuten richterlichen Prüfung seines Inhalts abhängig zu machen.

Es läßt sich nicht sagen, daß der Schiedsspruch der Rechtswirkung ganz entbehre. Denn die Weigerung seiner Erfüllung ist die Bedingung der Klage aus dem Kompromiß. Allein während sonst keine Instanz über seinen Inhalt angerufen werden kann, ist dies ausnahmsweise bei inimicitiae manifestae möglich.

Diese Möglichkeit ist nach Inhalt der obigen Stelle nicht etwa so zu denken, als ob die Tatsache der inimicitiae manifestae schon mit Notwendigkeit die Absolvierung des Beklagten begründe; sonst könnte wohl nicht gesagt werden 'quaedam appellandi species' est. Vielmehr weist diese Wendung darauf hin, daß der Richter die inhaltliche Richtigkeit des Spruches zu prüfen habe. Diese Prüfung könnte auch zur Kondemnation des Beklagten führen. Die endgültige

Bedeutung des Schiedsspruchs war aber auch dann zum Wanken gebracht worden.

Wie in l. 32 § 14 cit. in Verbindung mit dem Schiedsspruch, so findet sich retractare in einer Reihe anderer Stellen in Verbindung mit dem staatsrichterlichen Urteil:

l. 24 D. 4. 3. Ulp. l. 11 ad edictum. Si dolo acciderit eius qui verba faciebat pro eo qui de libertate contendebat, quominus praesente adversario secundum libertatem pronuntietur, puto statim de dolo dandam in eum actionem, quia semel pro libertate dictam sententiam retractari non oportet.

Sententiam retractare deutet auf eine Tätigkeit des absens adversarius. Denn ohne solche ist nicht einzusehen, wie das Gericht zur wiederholten Untersuchung des Falles gelangen konnte. Ob nun damit das unten zu erwähnende justinianische Rechtsmittel der retractatio gemeint sei oder einfach eine neue Klage des adversarius mit der Behauptung, daß die Kontumazialsentenz rechtswidrig erlassen war, kann dahingestellt bleiben. Denn in beiden Fällen handelt es sich um einen Parteiangriff auf ein Urteil, welches ohne denselben Rechtswirkungen zu äußern imstande ist.

Diese Bedeutung kommt dem Ausdruck retractare ferner zu in

l. 2 § 2 D. 40. 16. Ulp. l. 2 de off. consulis: Sicubi plane aetas eius, cuius retractatur conlusio, differendam retractationem in tempus pubertatis vel ulterius etiam (M) suadeat, quinquennium non currere dicendum est. § 3 Quinquennium autem non ad perficiendam retractationem, sed ad inchoandam puto praefinitum.

l. 5 pr. D. eod. Hermogenian l. 5. iuris epitom. Sententiam pro ingenuitate dictam collusionis praetextu semel retractare permittitur.

l. 29 § 1 D. 40. 12. Arrius Menander l. 1 de re militari: Qui ingenuus pronuntiatus est, si se militiae dedit, intra quinquennium retractata sententia antiquo (M) reddendus est.

In all diesen Stellen handelt es sich um den Angriff auf ein Urteil, welches im Ingenuitätsprozeß pro ingenuitate

erlassen worden war und zwar auf Grund einer Kollusion unter den Prozeßparteien. Ein solches Urteil erzeugt die Wirkung, daß dadurch der status ingenuitatis eines Freigelassenen festgestellt wird und festgestellt bleibt, wenn nicht rechtzeitig die Reaktion dagegen erfolgt. Erfolgt sie, so kann das Urteil aufgehoben werden, während diese Möglichkeit für ein nicht auf Kollusion beruhendes Urteil pro ingenuitate nicht besteht.

Man vergl. noch: l. 1 § 3 D. 40. 15. Marcian l. singul. de delatoribus: Sed interdum et intra quinquennium non licet de statu defuncti dicere: nam oratione divi Marci cavetur, ut, si quis ingenuus pronuntiatus fuerit, liceat ingenuitatis sententiam retractare, sed vivo eo qui ingenuus pronuntiatus est, non etiam post mortem, in tantum, ut etiam, si coepta fuit quaestio retractationis, morte eius extinguatur, ut eadem oratione cavetur.

In ähnlichem Sinne bezeichnet Paulus sent. V. 33, 1 die Appellation gegen ein erstinstanzielles Urteil als ein Mittel retractandae et revocandae sententiae, und im justinianischen Rechte findet sich unter dem technischen Namen retractatio ein nicht devolutives Rechtsmittel gegen die Urteile der Präfekten ausgebildet. Vgl. Bethmann-Hollweg III. S. 340.

Von einem richterlichen Urteil läßt sich, wenn es überhaupt rechtlich als existent in Betracht kommt, nicht sagen, daß es deshalb unwirksam sei, weil seine Aufhebung infolge eines Rechtsmittels noch möglich ist. Es ordnet das Rechtsverhältnis unter den Parteien wenigstens in bedingter Weise, d. h. für den Fall, daß es durch Rechtsmittel nicht angegriffen wird. Diese dem Urteil innewohnende Kraft wird aber zerstört, wenn ein Rechtsmittel erhoben worden ist. Und gerade diese Zerstörung wird in den Quellen als retractatio bezeichnet.

Aber auf richterliche Urteile beschränkt sich diese Verwendung von retractatio in den Quellen nicht.

So findet sich in l. 13 C. 1. 18. Leo et Anthemius a. 472: Ne passim liceat mulieribus suos contractus retractare in his quae praetermiserint vel ignoraverint ....

in l. 42 C. 2. 4. Leo et Anthemius a. 472: Si ex falsis instrumentis transactiones vel pactiones initae fuerint,

quamvis iusiurandum his interpositum sit, etiam civiliter falso revelato eas retractari praecipimus . . . . .

in l. 4 C. 7. 26. Alexander: Venditioni ancillae consensum dedisse diversam partem si probaveris retractando contractum, quem ipsa ratum habuit, non audietur . . . . .

in l. 6 C. 2. 51. Valerian et Gallienus: . . . poteris adito praeside provinciae in integrum restitutionem impetrare retractataque venditione recipies possessiones.

in l. 1 § 3 C. 8. 55 (56). Philippus a. 249: . . . neque enim fas est ullo modo inquietari donationes, quas is qui donaverat in diem vitae suae non retractavit.

in l. 31 C. 3. 28. Iustinian a. 528: Quae nuper ad testamenta conservanda nec facile retractanda sanximus (l. 30 C. eod.), ut ratione legis Falcidiae minime illis personis derelicta, quae ad inofficiosi testamenti querellam ex prioribus vocabantur legibus, non periclitentur testamenta, sed quod deest legitimae portioni . . . . tantum repleatur . . . etiam ad testamenta sine scriptis facienda locum habere sancimus.

l. 7 § 6 D. 24. 1 . . . cuius rescripti verba ideo rettuli, ut appareat venditionem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari.

Überall bezeichnet in diesen Gesetzesstellen retractare eine Tätigkeit, welche auf Beseitigung bereits eingetretener Rechtswirkungen abzielt bezw. diese Beseitigung herbeiführt.

In l. 42 C. 2. 4, l. 6 C. 2. 51, l. 31 C. 3. 28 wird retractare zunächst auf die richterliche Handlung bezogen, welche die Beseitigung der eingetretenen Wirkungen eines Tatbestandes herbeiführt, jedoch unter der selbstverständlichen Voraussetzung, daß ein Beteiligter die richterliche Tätigkeit zu diesem Zwecke in Anspruch genommen hat. Das ergibt sich besonders deutlich aus l. 31 C. 3. 28, woselbst die Erhebung der querella inofficiosi als Voraussetzung der retractanda testamenta gedacht wird.

In l. 13 C. 1. 18, l. 4 C. 7. 26, l. 1 § 3 C. 8. 55 und l. 7 § 6 D. 24. 1 wird retractare direkt auf die Parteihandlung bezogen und wenigstens in l. 1 § 3 C. cit. mit revocare gleichbedeutend gebraucht (cf. Vat. fr. § 272 i. f.).

Hierher darf wohl auch gerechnet werden

l. 13 § 1 D. 44. 3. Hermogenianus l. 6. iuris epitom. Reipublicae rationes subscriptae et expunctae adversus eum qui administravit, ultra viginti, adversus heredem vero ultra decem annos retractari non possunt.

Demnach ist es innerhalb bestimmter Frist nach der Rechnungsablage eines städtischen Verwaltungsbeamten zulässig, die bereits als richtig anerkannte Rechnung (wegen irriger Voraussetzungen bei der Anerkennung) zum neuerlichen Gegenstand der Erörterung zu machen, d. h. die erfolgte Anerkennung zu widerrufen und hierdurch die bisher vorhandene, den Rechnungsbeamten nach Maßgabe der Rechnung verpflichtende bezw. befreiende Wirkung zu beseitigen.

Auf Beseitigung einer eingetretenen Wirkung muß wohl auch bezogen werden

Paulus sent. V. 5ª, 11. Ratio calculi saepius se patitur supputari atque ideo potest quocumque tempore retractari, si non longo tempore evanescat.

Die Berechnung der Urteilssumme hat ohne Zweifel eine Wirkung. Das Urteil kann auf dieselbe vollstreckt werden. Allein diese Wirkung unterliegt der Aufhebung durch Korrektur der falschen Rechnung, welche intra longum tempus erfolgen darf. Von der Korrektur eines Rechnungsfehlers im Urteil muß die Stelle verstanden werden im Hinblick auf die Rubrik des Titel 5ª: 'de effectu sententiarum et finibus litium.'[1])

Auf die das Vorhandene beseitigende Tätigkeit deutet retractare auch in Coll. 15. 3, 2, wo eine Konstitution von Diocletian und Maximian gegen die Manichäer ausspricht: maximi enim criminis est retractare quae semel ab antiquis statuta et definita suum statum et cursum tenent ac possident.

Wenn in l. 12 § 3 D. 46. 8 Ulp. l. 80 ad edictum die Verwirkung der stipulatio de rato angenommen wird, qualiter-

---

[1]) Über eine andere Möglichkeit s. Savigny, System, Bd. VI S. 381 N. o. Bethmann-Hollweg a. a. O. II § 111 N. 7 verweist bez. dieser Stelle des Paulus auf § 118; dort findet sich jedoch hierüber nichts.



qualiter quis eundem actum retractet, qui a procuratore actus est, so wird auch hier von der Voraussetzung ausgegangen, daß durch den actus procuratoris bereits gewisse Wirkungen eingetreten sind, um deren Rückgängigmachung durch den dominus es sich handelt. Vgl. ferner l. 3 § 1 C. 5. 74, wo es von der Veräußerung von Mündelgut heißt: post quinquennium minime retractari, sed tenere. Retractari wäre die Wiederaufhebung der Wirkung, die durch den Ablauf des quinquennium nach der Volljährigkeit eingetreten ist.

Auch in l. 1 § 4 D. 40. 15 Marcian l. singul. de delatoribus liegt die gleiche Bedeutung von retractare zu grunde. Denn 'retractare statum' nach dem Tode ist zwar wörtlich genommen die Erörterung über den status, den der Verstorbene innehatte, der Zweck solcher Erörternng geht aber auf die Beseitigung der Wirkungen, welche der status defuncti bei seinen Lebzeiten und bei seinem Tode hervorgebracht hatte.

Unter den Fällen, in welchen von retractatio und retractare die Rede ist, befindet sich eine Anzahl, wo die retractatio in der angegebenen Bedeutung des Wortes für zulässig erklärt wird; aus diesen lassen sich wiederum ausscheiden diejenigen, bei welchen die retractatio als eine normale Erscheinung auftritt und jene, wo die retractatio sich als die Folge einer Mangelhaftigkeit des Tatbestandes darstellt. Zu den ersteren gehört die retractatio eines Urteils durch Appellation (Paul. sent. V. 33. 1), dann die retractatio als nicht devolutives Rechtsmittel gegen Urteile der Präfekten (o. S. 90), die retractatio dessen, was ein unbevollmächtigter procurator namens des dominus negotii getan hat und die retractatio betr. des status defuncti; zu den letzteren die retractatio des Schiedsspruchs wegen manifestae inimicitiae, des Urteils pro ingenuitate wegen collusio, des Urteils wegen error calculi, der transactio wegen Urkundenfälschung (l. 42 C. 2. 4), des Pfandverkaufs wegen Abwesenheit des Pfandschuldners (l. 6 C. 2. 51), des Testamentes wegen Inoffiziosität (l. 31 C. 3. 28) und der Dechargierung eines städtischen Verwaltungsbeamten wegen Unrichtigkeit der anerkannten Rechnung (l. 13 § 1 D. 44. 3).

Während retractare und retractatio in einem anderen Sinne als in dem eines auf Rückgängigmachung bereits eingetretener Rechtswirkungen gerichteten Angriffs überhaupt nicht vorkommt [1]), finden sich zwei andere technische Ausdrücke sowohl in dieser als in anderer Bedeutung. Das sind rescindere [2]) (rescissio) und revocare (revocatio).

I. Rescindere.

1. Vereinzelt begegnen wir dem Worte als dem Ausdrucke für die Aufhebung von Vertragswirkungen durch contrarius consensus in

l. 96 § 1 D. 46. 3 Papin. l. 11 resp. Eine Mündel als Erbin eines Magistrats, der aus datio tutoris für einen Pupillen diesem auf Ersatz haftete, wurde von dieser Haftung durch einen Vergleich liberiert, welchen ihre Tutoren mit dem inzwischen mündig gewordenen Gegner abschlossen. Zur Erfüllung dieses Vergleichs hatten die Tutoren dem Gegner eine Abfindung gezahlt. Die Mündel wollte den Vergleich nicht ratihabieren. Das soll dessen Wirksamkeit zwischen ihr und ihrem Gegner nicht berühren; sie kann sich höchstens an ihre Tutoren halten. Wenn jedoch der Gegner, mit Aufhebung des Vergleichs und seiner Folgen einverstanden, den Tutoren die Abfindungssumme restituiert, so tritt auch der Vergleich außer Wirksamkeit und die Haftung der Mündel als Erbin des Magistrats besteht von neuem. Diese Aufhebung des Vergleichs wird ausgedrückt durch: 'rescisso quod gestum est'.

2. Häufiger findet sich rescindere im Sinne von „obrigkeitliche Verfügungen zurücknehmen“, d. i. erklären, daß man eine eigene Verfügung als nicht geschehen behandelt sehen wollte.

So in l. 42 D. 42. 1 Paul. l. 3 responsor. . . . rescindere quidem sententiam suam . . . praetorem non posse;

l. 27 p. D. 48. 19. Callistrat. l. 6 cognit.: non solere praesides . . . quae pronuntiaverunt, ipsos rescindere . . .

Rubr. Cod. 7. 50. Vergl. mit l. 1 und 2 § 1 eod.: Neque suam, neque decessoris sui sententiam quemquam posse revocare in dubium non venit . . . . Gordian.

---

[1]) Über l. 7 § 6 D. 24. 1 s. unten S. 119. — [2]) cf. Endemann, Verbotsgesetze S. 15 Note 2.

Quod si aliter actum fuerit, in integrum restitutio permittitur. nam iudicatum contra maiores annis 25 non oppositae praescriptionis velamento citra remedium appellationis rescindi non potest. — Diocl. et Maxim. a. 294.

Vermutlich gehört hierher auch l. 5 D. 50. 9. Callistratus l. 2 de cognit.: Quod semel ordo decrevit, non oportere id rescindi . . .

3. Sehr häufig[1]) wird von rescindere (rescissio) gesprochen, um die völlige Wirkungsunfähigkeit eines Tatbestandes zu kennzeichnen, sei es daß rescindi von der zu erwartenden Wirkung des Tatbestandes oder von dem Tatbestande selber ausgesagt wird.

Von der zu erwartenden Wirkung des Tatbestandes geschieht es in:

l. 5 § 2 D. 40. 9. Iulian l. 64 digest.: Si . . . Stichum manumiserit: libertas per legem Aeliam Sentiam rescinditur.

l. 15 D. 42. 8. Idem l. 49 digest. . . . . quia, libertates ut rescindantur, utrumque in eorundem persona exigimus et consilium (scil. fraudandi) et eventum . . . .

l. 2 C. 11. 63 (62): Libertates, quas mancipiis ex fundis patrimonialibus atque emphyteuticis qui fundorum non sunt domini praestiterunt, rationales huiusmodi praecepti auctoritate rescindant.

l. 5 p. D. 48. 6. Marcian lib. 14 institut.: Obligationem vi extortam lex rescindit.

Von dem Tatbestande selber in:

l. 7 § 16 D. 2. 14. Ulp. l. 4 ad edict.: Stipulatio . . . . de his pro quibus pacisci non licet, servanda non est, sed omnimodo rescindenda.

l. 64 § 1 D. 35. 1. Terentius Clemens l. 5 ad leg. Iul. et Pap. Papp. . . . ipso iure rescindi quod fraudandae legis causa esset adscriptum (scil. condicio, si non nupserit).

l. 17 D. 39. 6. Iulian. l. 47 digest.: . . . possunt videri etiam donationes mortis causa factae rescindi debere, quia legatorum instar optinent. Rubr. Dig. 49. 8. Quae sententiae sine appellatione rescindantur.

---

[1]) Endemann a. a. O. sagt freilich, daß diese Bedeutung von rescindere nur „vereinzelt" vorkomme.

l. 4 p. und § 1 D. 50. 9. Ulp. l. singul. de officio curatoris: Ambitiosa decreta decurionum rescindi debent .... Proinde ... nihil valebit huiusmodi decretum.

l. 9 C. 5. 71 ... venditio tamen contra divi Severi orationem facta praesidis sententia non immerito rescissa est. Diocl. et Maxim. a. 285.

l. 1 § 2 C. 8. 23 (24) ... non posse venditionem post soluta pecunia rescindi ... Gordian a. 238.

l. 13 § 1 C. 9. 51. Ita tamen, ut gesta per filium ... rata sint eodem in potestate patria redeunte, ne eorum rescissio efficiat, quod est maxime absurdum, eodem tempore nec in patris nec in sua quemquam fuisse potestate. Constantin a. 321.

In l. 9 C. 5. 71 und in l. 1 § 2 C. 8. 23, sowie in der oben angeführten l. 2 C. 11. 63 (62) erscheint als Subjekt des rescindere allerdings ein bestimmtes Individuum. Allein es ist doch aus dem Inhalte der Stellen klar, daß die Tatbestände, welche grammatikalisch das Objekt des rescindere bilden, wegen eines rechtlichen Mangels wirkungsunfähig sind, bezw. daß die libertates in l. 2 C. cit. als nicht eingetreten gedacht werden. Man wird daher hier rescindere als Geltendmachung[1]) bezw. in l. 9 C. 5. 71 als richterliche Feststellung der Wirkungslosigkeit zu verstehen haben. Ob das Gleiche von rescindere in l. 5 C. 8. 55 (56) zu gelten habe, läßt sich allerdings nicht mit Sicherheit entscheiden. Das Reskript Diocletians und Maximians lautet: Si donationem rite fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. Damit kann sowohl die richterliche Feststellung der Wirkungsunfähigkeit einer rite vollzogenen Schenkung auf Grund kaiserlichen Reskriptes ausgeschlossen werden sollen, als auch die Möglichkeit eines auf die Beseitigung der Wirkungen gerichteten Angriffs.

Hinwieder glaube ich, als Belege für die Bedeutung von rescindi im Sinne von Verneinung der Wirkungsfähigkeit eines Tatbestandes heranziehen zu müssen alle jene Stellen, welche von rescindi der Testamente bei begründeter querela inofficiosi sprechen, wie

---

[1]) Vgl. das „irritam facere venditionem" in l. 77 § 5 D. 31.

l. 8 § 16 D. 5. 2. Ulp. l. 14 ad edict.: Si ex causa inofficiosi .... iudex ... pronuntiaverit contra testamentum nec fuerit provocatum, ipso iure rescissum est.

l. 17 pr. D. eod. Paul. l. 2 quaest.: .... rescisso testamento ... quasi centumviri ... cum facerent intestatum.

l. 32 C. 3. 28 ... nec occasione minoris quantitatis testamentum rescindatur. Iustinian.

§ 270 Vat. fr. ... has (scil. donationes) rescindi ad instar inofficiosi testamenti sacris constitutionibus parentum nostrorum evidenter continetur. Diocl. Maxim. et Const. et Gal. a. 294.

Hier tritt zwar die Wirkungslosigkeit des Testamentes nicht ein ohne den Parteiangriff der querela inofficiosi; allein dieser Angriff hat nicht den richterlichen Ausspruch zum Ziele, daß dem Testament die Wirksamkeit entzogen werde, sondern die Feststellung, daß es pflichtwidrig sei.[1]) An diese Feststellung knüpft sich kraft Gewohnheitsrechtssatzes die Folge der Wirkungslosigkeit; diese Folge heißt rescissum est testamentum, rescinditur testamentum.

Daran kann auch die Ausdrucksweise nichts ändern, der wir in folgenden zwei Kodexkonstitutionen begegnen:

l. 24 C. 3. 28. Testamentum militis filiifamilias in castrensi peculio factum neque a patre neque a liberis eius per inofficiosi querellam rescindi potest. Diocl. et Maxim. a. 294.

l. 16 C. 3. 36. Filii patris testamentum rescindendi, si hoc inofficiosum probare non possunt, nullam habent facultatem .....

Denn so sehr es auch auf den ersten Blick scheinen möchte, daß hier die Rescission des Testaments ein Angriffsakt der Querelberechtigten sei, so unzweifelhaft ist es, daß der Erfolg der Querel die Deklaration der Inoffiziosität allein ist, und daß erst an diese ohne weiteren Angriff sich die Wirkungslosigkeit von Rechts wegen anknüpft. Demnach kann rescindi potest und facultatem rescindendi habent nur bedeuten: die Möglichkeit, durch das Mittel der querella inofficiosi zu bewirken, daß der Tatbestand eintrete, welcher die Wirkungslosigkeit (rescissio) im Gefolge hat.

[1]) Köppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts S. 575.

4.[1]) Weitaus am gewöhnlichsten ist der Gebrauch von rescindere in dem Sinne, daß es die Wiederaufhebung einer bereits eingetretenen Rechtswirkung zufolge einer Parteitätigkeit bedeutet. Doch lassen sich innerhalb dieser Bedeutung wieder zwei Gruppen unterscheiden.

1. Die eine umfaßt Anwendungsfälle von rescindere, in welchen lediglich davon die Rede ist, ob nach dem Eintritt eines rechtswirksamen und in keiner Beziehung mangelhaften Tatbestandes ein Beteiligter die Aufhebung der Wirkungen herbeiführen könne, sei es durch seine Willenserklärung allein, sei es durch Erzielung eines die Aufhebung aussprechenden richterlichen Urteils.

Hierher sind folgende Stellen zu beziehen:

Paul. sent. III. 6, 92: Prolatis codicillis vel alio testamento, quibus ... legatum ... rescissum ..

l. 34 § 1 D. 29. 1. Papin. l. 14 quaest.: Militia missus intra annum testamentum facere coepit neque perficere potuit: potest dici solutum ita esse testamentum, quod in militia fecit, si iure militari fuit scriptum; alioquin si valuit iure communi, non esse iure rescissum. § 2. Nec tamen circa militem eadem adhibetur distinctio: nam quocunque modo testamentum fecerit, novissima voluntate rescindetur ...

l. 36 D. 40. 7. Papin. l. 2 defin.: In tabulis secundis filio servum data libertate substitutum iure statu liberi prudentes munierunt: quod utilitas recipit, scilicet ut cum sua causa alienaretur, ne patris testamentum filius rescindat.

l. 11 § 3 D. 43. 24. Ulp. l. 71 ad edict.: ... etsi rescissio emptionis in alterius arbitrium conferatur.

Die Rechtswirkung, um deren Aufhebung es sich hier handelt, ist, mit Ausnahme der letzten Stelle, die rechtliche Möglichkeit der Entstehung von Rechten aus letztwilligen Verfügungen; in der letzten Stelle ist es die Wirkung des perfekten Kaufvertrags. Überall wird die „Rescission“ in der bloßen Willenserklärung eines Beteiligten erblickt.

An die Aufhebung durch Erzielung einer Sentenz wird man in nachstehenden Fällen zu denken haben:

---

[1]) Endemann a. a. O.

l. 7 § 1 D. 20. 5. Marcian l. singul. ad formulam hypothecariam: Illud inspiciendum est, an liceat debitori, si hypotheca venierit, pecunia soluta eam reciperare. et si quidem ita venierit, ut, si intra certum tempus a debitore pecunia soluta fuerit, emtio rescindatur, intra illud tempus pecunia soluta recipit hypothecam. si vero tempus praeteriit aut si non eo pacto res venierit, non potest rescindi venditio.[1])

§ 275 Vat. fr. Perfectam donationem mutata voluntate donatoris, etsi parum gratus existet, cui dono res data est, minime rescindi posse saepe rescriptum est.

§ 314 eod. ... nec idcirco patris indignatione posse donationem iustam unquam rescindi summa cum ratione placuit.

l. 3 C. 4. 38. ... sicut donatio perfecta facile rescindi non potest, ita legi, quam tuis rebus donans dixisti, parere convenit. Diocl. et Maxim.

l. 13 C. 4. 44. Si maior annis 25 fundum distraxisti, propter hoc solum, quod ementi, ne compararet, socer tuus denuntiavit, emptionem a te rescindi bona fides non patitur. Diocl. et Maxim.

l. 7 eod. ... nam si oblato pretio rescindere venditionem facile permittatur. ... Diocl. et Maxim.

l. 23 C. 7. 16. Si tibi testamento directa libertas a domino relicta est, et ex eo successerunt scriptae filiae, non idcirco quod secundum eius voluntatem vel contra de filiis uni praestas obsequium, ceterae filiae tuam rescindere possunt libertatem. Diocl. et Maxim.

l. 30 C. eod. Solo obsequii non praestiti velamento data libertas rescindi non potest. Diocl. et Maxim.

l. 33 C. eod. Licet accepta pecunia dominus manumiserit, tamen tributa libertas rescindi non potuit.[2]) Diocl. et Maxim.

l. 18 C. 8. 50. Ab hostibus captis ac postliminio reversis pro huiusmodi casu amissa, ... quae ... per usucapionem

---

[1]) Vgl. noch 78 § 1 D. 31. — [2]) Der Sinn dieses Reskripts ist freilich insofern unklar, als nicht erhellt, weshalb eine manumissio accepta pecunia eher sollte rescindiert werden können als eine manumissio gratuita.

vel liberationem ex bonis subtracta vel non utendo finita esse videntur, intra annum utilem experientibus actione rescissoria restituuntur. Diocl. et Max.

l. 5 C. 8. 55 (56). Si donationem rite fecisti, hanc auctoritate rescripti nostri rescindi non oportet. Diocl. et Maxim. a. 293.

l. 3 C. 8. 56. Nec fratris sui mortis causa recte factam donationem sorori rescindere licet. Diocl. et Maxim. a. 293.

l. un C. 8. 49 (50). Filios et filias ceterosque liberos contumaces . . . leges emancipatione rescissa damno libertatis immeritae multare voluerunt.

2. Die andere Gruppe zeigt uns rescindere als Folge des wegen rechtlicher Mängel eines Tatbestandes auf denselben unternommenen Parteiangriffs. Dahin gehören:

l. 15 D. 2. 15. Paul. l. 1 sent.: Pacto convento Aquiliana quidem stipulatio subici solet. sed consultius est, huic poenalem quoque stipulationem subiungere: quia rescisso forte pacto poena ex stipulatu peti potest. Zwar sagt die Stelle selbst nichts darüber, daß rescisso pacto eine Aufhebung des pactum transactionis causa conventum infolge einer rechtlichen Mangelhaftigkeit dieses pactum bedeute; nichtsdestoweniger haben wir mit Sicherheit diese Bedeutung anzunehmen. Denn keine der anderen an sich möglichen Bedeutungen ist zutreffend.

Daß an eine anfängliche Wirkungsunfähigkeit des pactum nicht zu denken ist, ergibt sich ohne weiteres aus dem Umstande, daß die rescissio des pactum nach dem ganzen Zusammenhang als etwas der stipulatio Aquiliana Nachfolgendes gedacht wird. Dazu kommt, daß die Frage der Wirksamkeit der stipulatio Aquiliana diesfalls gar nicht aufgeworfen werden könnte im Hinblick auf l. 7 § 16 D. 2. 14.[1])

Ebensowenig ist rescindere als vertragsmäßige Aufhebung des pactum denkbar. Denn eine solche wäre nicht imstande, der stipulatio Aquiliana die Kraft zu nehmen.

So bleibt nur übrig, daß der Verfasser der Stelle den Fall im Auge hatte, es sei infolge Klage des Promittenten die Wirksamkeit des pactum aufgehoben worden. Denn

[1]) Glück Bd. IV S. 549 Note 45.

alsdann stand fest, daß die Fassung der stipulatio Aquiliana: quidquid te mihi ex quacunque causa dare facere oportet oportebit für die causa transactionis nicht zutraf.

Eine derartige Entkräftung der transactio konnte aber nur erfolgen, wenn der Tatbestand der transactio nicht in Ordnung war.

l. 9 § 4 D. 4. 2. Ulp. l. 11 ad edict.: Volenti autem datur et in rem actio et in personam rescissa acceptilatione vel alia liberatione. Hier besteht die Mangelhaftigkeit des Tatbestandes in dem unterlaufenen Zwange.

l. 24 § 1 D. 4. 4. Paul. l. 7 sent.: Non semper autem ea quae cum minoribus geruntur, rescindenda sunt. Wo der Regel nach die Rescission stattfindet, da ist es die minor aetas des Handelnden, welche die Rescission rechtfertigt.

l. 18 D. 11. 1. Iulian l. 4 ad Urseium: Qui ex dimidia parte heres erat, cum absentem coheredem suum defendere vellet, ut satis dationis onus evitare possit, respondit, se solum heredem esse et condemnatus est; quaerebat actor, cum ipse solvendo non esset, an rescisso superiore iudicio in eum qui re vera heres erat, actio dari deberet. Proculus respondit, rescisso iudicio posse agi, idque est verum.

Der Fehler, an welchem das iudicium leidet, ist jedenfalls eine der causae restitutionis, welche ist nicht gesagt; vermutlich aber ist der dem Kläger gegenüber gespielte dolus gemeint.[1])

l. 47 § 3 D. 15. 1. Paul. l. 60 ad edict.: Si creditor servi ab emptore esset partem consecutus, competere in reliquum in venditorem utile iudicium Proculus ait, sed re integra non esse permittendum actori dividere actiones ... satis enim esse hoc solum ei tribui, ut rescisso superiore iudicio in alterum ei detur actio, cum electo reo minus esset consecutus: et hoc iure utimur.

Auch hier handelt es sich um Restitution und zwar gegen die konsumierenden Wirkungen des iudicium.[2])

---

[1]) Burchardi, Wiedereinsetzung § 20 S. 380. Savigny, Syst. III. S 386. — [2]) cf. Keller, Litiskontestation § 64.



Die Mangelhaftigkeit des iudicium, welche zur causa restitutionis erhoben wurde, bestand in der Unmöglichkeit desselben, das ganze peculium servi zu erfassen.[1])

l. 23 D. 19. 2. Hermog. l. 2 iuris epitom.: et ideo praetextu minoris pensionis, locatione facta, si nullus dolus adversarii probari possit, rescindi locatio non potest.

Der Mangel des Tatbestandes, wegen dessen reszindiert werden könnte, besteht hier wieder im dolus des Gegners.

l. 1 § 12 D. 38. 5. Ulp. l. 44 ad edict.: ... neque omnino rescindere debemus venditionem. ... Die Reszission, von der hier gesprochen wird (mittels actio Faviana) setzt dolus des Verkäufers voraus. Das Gleiche trifft zu in

l. 22 D. 42. 8. ... nisi id in fraudem creditorum factum sit et ea via iuris occurratur, qua creditorum fraudes rescindi solent.

l. 11 C. 2. 4. De fideicommisso a patre inter te et fratres vicissim dato, si alter vestrum sine liberis excesserit vita, interposita transactio rata est, cum fratrum concordia remoto captandae mortis alterius voto improbabili retinetur. et non potest eo casu rescindi, tamquam circumventus sis .... nec ..... in integrum restitutionis auxilium impetrare deberes. Valerian et Gallien. a. 255.

Daß hier die restitutio in integrum in Frage steht und daß mithin die Mangelhaftigkeit des Tatbestandes der transactio in der minor aetas liegen würde, wenn i. i. restitutio stattfände, sagt die Stelle mit aller Deutlichkeit. Wenn sie die Restitution verweigert, so geschieht es, weil in dem Vergleich unter den gegebenen Umständen eine laesio (tamquam circumventus sis) nicht erblickt wird.

l. 19. l. 22. l. 29 eod.; l. 5 C. 4. 44 von Diocl. und Maxim. handeln von rescissio per in integrum restitutionem auf Grund eines wegen dolus mangelhaften Vergleichs; l. 35 eod. gleichfalls von Diocl. und Maxim. von rescissio wegen metus.

l. 39 C. eod. von denselben Kaisern lehnt die rescissio des Vergleichs mit der Motivierung ab, daß die Ansicht falsch sei, wonach ein Vergleich rechtsbeständig erst nach Ablauf einer bestimmten Zeit werde, oder anders ausgedrückt,

---

[1]) Vgl. Keller a. a. O. S. 545 Nr. 1.

daß der Nichtablauf einer bestimmten Frist einen Mangel des Tatbestandes transactio ausmache.

In l. 10 C. 2. 12 von Antoninus wird die rescissio rei iudicatae verweigert, weil die dolose Vertretung des dominus durch den Bevollmächtigten kein Mangel des iudicium gegenüber dem Prozeßgegner sei.

In l. 17 C. 4. 32 von Philippus. Si ea lege possessionem mater tua apud creditorem tuum obligavit, ut fructus in vicem usurarum consequeretur, obtentu maioris percepti emolumenti propter incertum fructuum eventum rescindi placita non possunt erkennt wegen der incertitudo fructuum das maius emolumentum nicht als einen Tatbestandsfehler des pactum antichreticum an.

In l. 15 § 1[a] C. 7. 2 spricht Justinian unter Bezugnahme auf eine constitutio divi Marci davon, daß die Zulassung der addictio bonorum libertatum servandarum causa intra annum post venditionem bonorum für die Käufer nichts Neues bedeute, da sie sich ja oft die rescissio intra annum gefallen lassen mußten. Hiermit spielt Justinian auf die in integrum restitutio intra annum des klassischen Rechts an, mithin auf Fälle, in welchen die emtio an einem Mangel litt, der die restitutio begründete.

l. 11 C. 7. 43 und l. 2 § 1 C. 7. 50. Valerian et Gallien. bezw. Diocl. et Maxim. nennen die Aufhebung eines Judikats durch Appellation ein rescindi des Judikats. Die Mangelhaftigkeit besteht hier in der noch laufenden Appellationsfrist.

Überblicken wir die Reihe von Quellenaussprüchen über die Rescission von Rechtswirkungen aus mangelhaften Tatbeständen, so zeigt sich, daß es sich hier überall um eine subjektive Befugnis eines Beteiligten handelt, die Aufhebung der bereits eingetretenen Wirkungen zu verlangen. Ohne dieses Verlangen, mithin ohne einen auf die eingetretenen Wirkungen gerichteten Angriff würden sie fortbestehen. Im Gegensatze hierzu lassen jene Stellen, wo von rescissio eines wegen rechtlicher Mängel wirkungslosen oder wirkungslos gewordenen Tatbestandes die Rede ist, darüber keinen Moment einen Zweifel, daß die Wirkungslosigkeit durch einen Parteiangriff nicht bedingt ist.

Wir finden also für rescindere, wo es von mangelhaften Tatbeständen ausgesagt wird, einen ganz scharf unterschiedenen Bedeutungsdualismus: man könnte von rescissio per hominem einerseits und von rescissio ipso iure oder per legem anderseits sprechen.[1])

Ein ganz ähnlicher Dualismus läßt sich

II. für revocare aufzeigen.

Wir begegnen einer revocatio per legem in folgenden Stellen:

l. 1 C. 7. 11. Certum est non alias directas libertates per legem Aeliam Sentiam revocari, nisi ..... Alexander a. 223.

Daß hier revocari nicht auf eine durch Angriff gegen den Freilassungsakt bewirkte nachträgliche Umstoßung desselben bezw. seiner Wirkungen hindeutet, folgt aus: l. 27 p. D. 40. 9 'liberque esse prohibetur' und l. 24 D. eod.: 'impediri libertatem'.

l. 16 § 3 D. 40. 9. Paul. l. 3 ad leg. Aeliam Sentiam: Aristo respondit a debitore fisci qui solvendo non erat manumissum ita revocari in servitutem debere, si non diu in libertate fuisset, id est non minus decennio: plane ea quae in fraudem fisci in sinus eius collata sunt, revocanda.

Zum Verständnis dieses Responsum muß man sich vergegenwärtigen, daß dem römischen Rechte die Aufhebung der einmal verliehenen Freiheit prinzipiell widerstrebte[2]) und nur für den einen Fall der ingratitudo liberti aus den Quellen nachweisbar ist. Deshalb wird von vornherein im Zweifel zu vermuten sein, daß die „Revokation“ des Freigelassenen in servitutem in unserer Stelle nicht gleichbedeutend ist mit Aufhebung der Freiheit. Diese Vermutung wird zur Gewißheit, wenn man erwägt, daß die Stelle von einem diu in libertate esse des Freigelassenen spricht, d. h. dem bloß faktischen Zustande der Freiheit. Wäre die manumissio wirksam gewesen, so könnte nicht von einem bloß faktischen Zustande der Freiheit die Rede sein. In

[1]) Die Definition 'lex rescindit' umfaßt also nicht sowohl Anfechtbarkeit wie Nichtigkeit. Contra Endemann a. a. O. S. 16 oben. — [2]) cf. l. 9 § 6; l. 10 D. 4. 4; l. 24 D. 4. 3; l. 9 § 2 D. 4. 2 § 5 J. 3. 11. Hierzu Windscheid, Pand. § 80 Anm. 2.

servitutem revocari debere ist daher zu verstehen als die richterliche Konstatierung der Unwirksamkeit des Freilassungsaktes. Dieselbe ist erst durch zehnjähriges in libertate esse ausgeschlossen, d. h. der zehnjährige Freiheitsbesitz ist selbständiger Erwerbsgrund der bis dahin nicht vorhandenen Freiheit. Aber auch in dem Schlußsatz der Stelle bedeutet 'revocanda' nichts anderes als den richterlichen Ausspruch der Unwirksamkeit der in sinus eius collata. Denn diese revocatio soll ja trotz des zehnjährigen Freiheitsbesitzes noch zulässig sein. Das erklärt sich wohl, wenn man von der Voraussetzung ausgeht, daß während des zehnjährigen Zeitraums der Freigelassene noch Sklave war und als solcher nichts erwerben konnte, während die Beziehung des Wortes auf die Paulianische Klage in Widerspruch geriete mit der einjährigen Verjährungsfrist dieses Rechtsmittels.

l. 30 D. 49. 14. Marcian l. 3 instit.: Ne procuratores Caesaris bonorum actores, quae ad fiscum devoluta sunt, alienent imperatores Severus et Antoninus imperatores rescripserunt: et si manumissi fuerint revocantur ad servitutem.

Zunächst spricht auch hier die Vermutung dagegen, daß eine Aufhebung der Freiheit mit revocantur gemeint sei; dazu kommt die Zusammenstellung der gesetzwidrigen oder doch vollmachtswidrigen manumissio mit der gleichbeschaffenen alienatio. Die letztere war von vornherein wirkungslos[1]), weshalb sollte es die manumissio nicht gewesen sein? Wir sind daher genötigt, in revocantur die richterliche Konstatierung der Wirkungslosigkeit der Freilassung zu erblicken.

l. 6 § 1 C. 6. 50. Alexander a. 223. Omnia autem legata .... ad contributionem dodrantis pro rata suae cuiusque quantitatis revocantur. Daß hiermit ein revocari per legem Falcidiam gemeint sei, kann keinem Zweifel unterliegen; denn es steht ja anderweitig fest, daß die Legate, soweit sie contra legem Falcidiam den Erben belasten, von Anfang an der Wirksamkeit entbehren.[2])

---

[1]) cf. l. 46 § 7 D. 49. 14. s. o. Bd. XXIII S. 406 Nr. 4. — [2]) Windscheid, Pand. § 650 Note 6; Brinz-Lotmar Bd. IV S. 420 Note 63.

l. 9 p. C. 5. 9. Iustinian a. 529: . . . quae . . . mulier quidem secundo marito, vir autem uxori secundae dotis . . . nomine vel alio quocumque modo dederit vel reliquerit ampliora his, quae uni filio vel filiae ex anteriore matrimonio progenitis danda vel relinquenda sunt, revocata ad solos filios ex priore matrimonio natos pervenire . . . . hoc quoque corrigentes omnia quae memorato modo revocantur . . . etiam ad eos qui ex secundis nuptiis nati fuerint pertinere . . . . Vergleicht man hiermit Novelle 22 cap. 27, durch welche Justinian seine in l. 9 cit. vorgenommene Korrektur wieder aufhob, so ergibt sich deutlich, daß revocari im Sinne von Unwirksamkeitserklärung durch das Gesetz gebraucht wird. Denn dort wird von den über das gesetzliche Maß hinausgehenden Zuwendungen an den zweiten Gatten gesagt: quasi neque scriptum neque relictum neque datum aut donatum sit, liberis competat. Übrigens würde schon l. 9 p. cit. selbst genügen, um diese Bedeutung von revocari zu zeigen. Denn als Voraussetzung des revocari wird nicht erwähnt, daß die liberi die Verfügung des verstorbenen parens binubus angreifen müßten, sondern es wird direkt bestimmt, daß diese Zuwendungen als revocata an die Kinder gelangen, ihnen gehören.

l. 16 § 1 D. 37. 14. Ulpian l. 10 ad leg. Iul. et Pap. Si quis plures res simul alienando minorem se centenario fecerit, quarum una revocata vel omnium partibus maior centenario efficitur; utrum revocamus omnes an pro rata ex singulis, ut centenarium eum faciamus? magisque est, ut omnium rerum alienatio facta nullius momenti sit.

Schon der Gebrauch des Plural in der Frage des Juristen 'an revocamus?' zeigt, daß hier nicht auf eine Umstoßungshandlung des Patrons hingewiesen wird. Jeder Zweifel an der Bedeutung von revocare schwindet aber angesichts der das revocari bejahenden Antwort, indem hier revocari mit nullius momenti esse vertauscht wird.

l. 16 § 2 eod.: . . . ipso iure non revocabitur . . .

l. 32 § 7 D. 24. 1. Ulpian l. 33 ad Sabin. Si maritus uxori donaverit et mortem sibi ob sceleris conscientiam consciverit vel etiam post mortem memoria eius damnata sit,

revocabitur[1]) donatio: quamvis ea quae aliis donaverat valeant, si non mortis causa donavit. Die Schenkung unter Ehegatten hat nur insofern eine Rechtswirkung, als sie in Ermangelung des Widerrufs konvalesziert, falls der Schenker den Beschenkten nicht überlebt. Aber auch diese Wirkung erlischt kraft Rechtens in dem besonderen Falle der Stelle. Das bedeutet revocabitur. Denn es ist klar, daß Subjekt des revocare in diesem Fall der bereits verstorbene Schenker nicht sein kann. Überdies wird diese Bedeutung von revocari noch deutlich ins Licht gestellt durch den Gegensatz 'quamvis . . . valeant', welcher zeigt, daß revocabitur als synonym gedacht wird mit non valebit, wie umgekehrt non revocanda in l. 32 § 24 eod. mit valere gleichbedeutend gebraucht wird.

l. 57 § 2 C. 1. 3 (lex restituta). Das hier dem lateinischen revocare entsprechende *εὐθὺς ἀνακαλεῖσθαι* wird in seiner Bedeutung klar durch die Umgebung, in der es sich findet; die in dem Gesetze verbotenen Geschäfte des Ökonomus etc. über das einer pia causa Hinterlassene werden nämlich für wirkungslos erklärt mit den Worten: *ἄκυρον εἶναι τὸ γενόμενον καὶ ἄδειαν εἶναι . . . εὐθὺς ἀνακαλεῖσθαι τὸ γενόμενον καὶ οὕτως ἄκυρον ἀποφαίνειν, ὡς ἂν εἰ μηδὲ τὴν ἀρχὴν ἔτυχε προελθὸν* . . . . ., so daß *ἀνακαλεῖν* = revocare nur die Geltendmachung der Unwirksamkeit, nicht die Umstoßung der Wirksamkeit bedeuten kann.

l. 2 § 1 C. 4. 46. Diocl. et Maximian. Sin autem venditio nulla iusta auctoritate praesidis praecedente facta est, hanc ratam haberi iura non concedunt, idque quod frustra gestum est revocari oportet. . . . . Das Reskript handelt von dem Zwangsverkauf eines praedium desertum wegen Steuerrückständen. Dieser setzt nach l. 2 pr. eod. permissum praesidis voraus; mangelt solche permissus, so kann der Verkauf nicht als wirksam betrachtet werden: ratam haberi iura non concedunt; er ist frustra gestum. Seine revocatio kann sohin nur sein die richterliche Feststellung seiner Unwirksamkeit.

---

[1]) Synonym wird retrahere in l. 6 C. 5. 3; l. 1 p. C. 5. 27 und l. 2 C. 5. 74 gebraucht.

l. 98 § 1 D. 46. 3. Paulus l. 15 quaest.: Diversum respondetur in ea pecunia sive re, quam patronus post mortem liberti per Fabianam aufert: haec enim actio cum sit nova, partam liberationem non potest revocare. Im principium der Stelle wird bemerkt, daß die solutio eines geschuldeten statuliber oder einer res sub condicione legata nur ex eventu liberieren könne 'scilicet quo casu certum erit remanere eas'. Im Gegensatze hierzu liberiert nach § 1 die solutio einer res, welche der Patron des Schuldners später mittels actio Fabiana dem Empfänger abstreitet, sofort. Die liberatio ist ius quaesitum für den Leistenden. Abgelehnt wird demnach die Wiederaufhebung der liberatio, aber nicht als Folge eines vom Empfänger gegen den Leistenden gerichteten Angriffs, sondern als gesetzliche Wirkung der Entziehung, welche der Empfänger seitens des Patrons erleidet. Revocari drückt sohin in der Stelle die ohne Zutun der Beteiligten an einen Tatbestand geknüpfte Aufhebung einer Rechtswirkung aus.

l. 3 C. 5. 29. Alexander a. 228. Si ut proponis, pupillo cuius meministi pater inutiliter testamento tutores dedit et, priusquam ii confirmarentur, alii ab eo cuius interest dati sunt, id quidem, quod iure gestum est, revocari non potest. . . . .

Daß revocari non potest den Gedanken ausdrückt: die datio tutoris könne nicht für ungültig erklärt werden (nämlich durch den iudex, von dem noch am Schlusse der Stelle die Rede ist), folgt ohne weiteres aus der Erwägung, daß ein Grund für die Aufhebung der tutela dativa ohnehin nicht denkbar wäre. Die Frage konnte nur sein, ob nicht eine nachträgliche confirmatio der tutores testamento dati, die Unwirksamkeit der inzwischen erfolgten obrigkeitlichen datio bedinge. Die Antwort geht dahin, daß die nachträgliche Konfirmation nicht erfolgen dürfe, vermutlich um jene Konsequenz mit Sicherheit auszuschließen.

l. 6 C. 8. 55 (56). Diocletian et Maximian a. 294. Velles nec ne filio tuo praedia itemque mancipia donare, fuit initio tibi liberum. desine itaque postulare, ut donatio quam perfeceras revocetur sub praetextu mariti ac liberorum absentiae, cum huius firmitas ipsorum praesentia non indigeret.

Hier ging also die postulatio der Schenkerin darauf, ut donatio revocetur; sie wurde mit der Behauptung begründet, daß die donatio zur Wirksamkeit der praesentia mariti et liberorum bedürfe. Sonach muß die postulatio, ut revocetur den Antrag auf richterliche Feststellung der Unwirksamkeit bedeuten. Man vergleiche noch:

l. 2 § 1 D. 50. 8. Ulp. l. 3 opinionum: ... et ideo .. quae decurionibus conducere non licet, secundum legem usurpata revocentur. Vat. fr. 270.

Eine besondere Spielart der Bedeutung von revocare in dem hier betrachteten Wortsinne ist die Erklärung des Schenkers, daß es bei der Wirkungslosigkeit der Schenkung bewenden solle. Belege hierfür bieten:

l. 21 pr. i. f. D. 24. 1 Ulp. l. 32 ad Sabin.: .... non enim donat, qui necessariis oneribus succurrit. ergo et si consensu mariti profecta est mulier propter suas necessarias causas et aliquid maritus expensarum nomine ei praestiterit, hoc revocandum non est.

Der sogenannte Schenkungswiderruf bei Schenkungen unter Ehegatten ist nämlich nichts anderes als die Geltendmachung der Wirkungslosigkeit der Schenkung gegenüber dem Beschenkten. Eine den Schenkenden irgendwie bindende Wirkung hat die Schenkung unter Ehegatten bekanntermaßen nicht, solange er lebt. Erst wenn er bis zu seinem Tode die Unwirksamkeit der Schenkung nicht geltend gemacht und den Beschenkten nicht überlebt hat, tritt eine Wirkung der Schenkung für seinen Nachlaß ein. Diese Wirkung kann er nicht zurücknehmen, solange sie noch nicht eingetreten ist. Er kann nur ihren Eintritt verhindern durch die an den Beschenkten gerichtete Erklärung, daß er sie nicht eintreten lassen wolle d. h. daß es bei der Unwirksamkeit der Schenkung verbleiben soll. Das allein ist der Sinn von revocare donationem inter virum et uxorem. Man kann das der Kürze halber „Zurücknahme“ der Schenkung nennen, obwohl z. B. l. 32 § 4 D. 24. 1 zeigt, daß auch dem heres des Schenkers revocandi potestas erteilt wird, wenn nur der Schenker bereits revoziert hatte. Es ist doch klar, erstens, daß der Widerruf oder die Zurücknahme im eigentlichen Wortverstande seitens des Erben gegenstandslos sein mußte,

nachdem sie durch den Erblasser bereits erfolgt war, zweitens, daß zurücknehmen nur kann, wer gegeben hat, was der Erbe des Schenkers nicht getan hat. Der juristische Inhalt von l. 32 § 4 cit. ist demnach der, daß die Wirkungslosigkeit der Schenkung unter Ehegatten eine dauernde bleibt, wenn sich der Schenker selbst einmal darauf berufen hat.[1])

l. 31 p. D. 39. 5. Papin. l. 12 respons.: Donationes in concubinam collatas non posse revocari convenit nec si matrimonium postea fuerit inter eosdem contractum ad irritum recidere quod ante iure valuit. Die Stelle ergibt, daß die Schenkung an die Konkubine rechtswirksam ist (iure valuit); revocari non posse bezeichnet den Ausschluß der für die donatio inter virum et uxorem anerkannten revocatio.

l. 2 D. 41. 6. Marcellus l. 22 digest. Hier stellt Marcellus die Vindikation der geschenkten Sache seitens des Schenkers gegen den Beschenkten als einen Fall der revocatio dar.

l. 18 C. 5. 16. Diocl. et Maximian a. 293. A marito in uxorem donatione collata matrimonii tempore nec initio dominium transferri potest nec post, si .... ab eo qui donavit fuerit revocata, potest convalescere. Die Eigentumsschenkung an die Frau überträgt Eigentum nicht; für die Zurücknahme einer übereignenden Rechtswirkung ist kein Raum; revocata ist die donatio also, wenn der Schenker sich auf ihre Wirkungslosigkeit berufen hat.

Revocare als Tätigkeit einer Partei, welche die Aufhebung vorhandener Rechtswirkungen verursacht (revocare per hominem) kommt in den Quellen in folgenden Anwendungen vor:

I. Einmal als eine auf die Umstoßung der Wirkungen eigener Handlungen gerichtete Tätigkeit.

l. 5 C. 7. 8. Alexander a. 223. ..... nam ipse manumissor, si fraudem se fecisse creditoribus, ut revocet libertates, audeat dicere, audiri non debet, nec heredes eius.

[1]) Vgl. Vat. fr. § 276. Ähnlich die revocatio des schenkenden paterf. gegenüber dem beschenkten Hauskind Vat. fr. §§ 277. 278. Hierzu Savigny, Syst. IV S. 228 Note 7 und die revocatio ex lege Cincia in Vat. fr. § 313.

l. 20 C. 7. 16. Diocl. et Maxim. a. 293: Sicut semel praestitam libertatem revocari non licet . . .

l. 3 i. f. C. 6. 36. Diocl. et Maxim. a. 290. . . . . id quod priori codicillo inscripserat, per eum in quem postea secreta voluntatis suae contulerat, si a prioris tenore discrepat, . . . revocatum esse.

Die nach der letzten Stelle aufgehobene Rechtswirkung bestand freilich nur in der Möglichkeit eines Rechtserwerbs für den Fall des Todes des Testators.

l. 4 C. 8. 55. Diocl. et Maxim. a. 293. Confiteri in fraudem te alterius donasse professionem inhonestam continere intellegas. itaque si donationem perfecisti, eam revocare non potes ex memorata adlegatione sub obtentu paenitentiae. Hier weist revocare auf den Versuch des Schenkers hin, die Wirkungen einer Schenkung inter vivos wieder aufzuheben. cf. l. 4 C. 7. 75.

Desgleichen in Vat. fr. §§ 262. 287. 312.

l. 1 C. 4. 46. Antoninus: Venditionem ob tributorum cessationem factam revocari non oportet neque priore domino pretium offerente neque creditore eius iure hypothecae sive pignoris . . . . . Revocari venditionem bezeichnet die Aufhebung der Wirkungen des Verkaufs auf Verlangen des früheren Eigentümers (oder seiner Pfandgläubiger).

l. 8 C. 8. 27 (28). Gordianus a. 239: Si prius quam distraheretur pignorata possessio, pecuniam creditori obtulisti eoque non accipiente contestatione facta eam deposuisti . . . pignoris distractio non valet; quod si prius, quam offerres, legem venditionis exercuit, quod iure subsistit, revocari non debet. Auch hier wäre revocare die Aufhebung des Pfandverkaufs.

l. 10 § 1 C. eod. Diocl. et Maxim. a. 290: Sane si debitore distrahente comparaverit, consensu emptionem perfectam . . . . revocari exemplo grave est. Der Verkauf des Pfandobjekts durch den Pfandschuldner an den Gläubiger ist — im Gegensatze zu dem des Gläubigers an sich selbst — vollwirksam, und dessen Rückgängigmachung kann vom Verkäufer nicht verlangt werden.

l. 7 C. 5. 16. Antoninus a. 232: . . . sed si matrimonium iure non valuit; licet ipso iure donatio tenuerit, quia tamen indigna persona eius fuit, qui nec maritus potest dici, utiles actiones super revocandis his tibi competunt. Es handelt sich um eine Schenkung der Frau an den in rechtsunwirksamer Ehe mit ihr lebenden Mann. Diese soll rückgängig gemacht werden können mittels actio gegen den Beschenkten.

l. 36 § 2 D. 29. 1. Papinian l. 6 resp.: Miles in supremis ordinandis ignarus uxorem esse praegnatem ventris non habuit mentionem. post mortem patris filia nata ruptum esse testamentum apparuit neque legata deberi, si qua vero medio tempore scriptus heres legata solvisset utilibus actionibus filiae datis ob improvisum casum esse revocanda .. Die zugelassenen actiones ad revocandas solutiones sind sichtlich condictiones indebiti als cessae actiones.

l. 1 p.; l. 7 p. §§ 1 u. 2; l. 9 C. 8. 55 (56). Philippus a. 249; Constantius et Constans a. 349 u. Theodos. et Valent. a. 426. In diesen Stellen wird dem Schenker das ius revocandi wegen Undankbarkeit des Beschenkten bestätigt. Aus l. 1 § 3 cit. und l. 7 § 3 cit. ist zugleich ersichtlich, daß die Ausübung dieses Rechtes in Erhebung einer Personalklage gegen den Beschenkten besteht auf Rückerstattung des Geschenkten.

l. 59 D. 26. 7. Scaevola l. 26 digest: Cum hereditas patris aere alieno gravaretur et res in eo statu videretur, ut pupilla ab hereditate paterna abstineretur, unus ex tutoribus cum plerisque creditoribus ita decidit, ut certa portione crediti contenti essent acciperentque; idem curatores iam viri potenti accepti cum plerisque creditoribus deciderunt. an si aliquis tutorum creditor patris pupillae solidam pecuniam expensam sibi ex re pupillae cum usuris fecerit, revocari a curatoribus pupillae ad portiones eas possit, quas ceteri quoque creditores acceperunt? respondi eum tutorem, qui ceteros ad portionem vocaret, eadem parte contentum esse debere.

Da der in Frage stehende tutor die ex re pupillae entnommenen Geldstücke zu seinem Eigentum gemacht hatte, so kann revocari ad portiones nichts anderes besagen, als daß er zur Rückerstattung pro rata gezwungen werden

könne. Die Klage ist condictio sine causa. Sie fällt unter die hier betrachtete Bedeutung von revocare insofern, als die Mündel so behandelt wird, als habe sie dem tutor solidum gezahlt, sodaß die condictio nun auf die Rückgängigmachung dieser Zahlung gerichtet ist.

Novelle 22 c. 35 Mater tamen donans aliquid filio de suo si ad secundas venerit nuptias, non poterit per occasionem ingratitudinis revocare quod datum est.

II. Sodann findet sich revocare als Ausdruck für den von einem dritten ausgehenden Angriff auf die durch ein frauduloses Geschäft hervorgebrachten Wirkungen zum Zwecke ihrer Beseitigung, wobei dieser Angriff als eine subjektive Befugnis des Angreifers erscheint.

Hierher gehören:

l. 1 § 1 D. 42. 8. Ulp. l. 66 ad edict.: Necessario praetor hoc edictum proposuit, quo edicto consuluit creditoribus revocando ea, quaecunque in fraudem eorum alienata sunt.

l. 6 § 5 D. eod. Idem eod. . . . at si in ipsa servi alienatione fraus est, revocabitur . . .

l. 10 § 6 D. eod. Idem l. 73 ad edict.: . . . in fraudem creditorum alienatum revocari posse . . .

l. 1 C. 7. 75. Antoninus a. 213: . . . . ea quae in fraudem alienata probabuntur revocabis.

l. 4 C. eod. Diocl. et Maxim. a. 293: Filios debitoris ei succedentes velut in creditorum fraudem alienatorum facultatem revocandi non habere notissimi iuris est.

l. 17 p. D. 42. 8. Iulian l. 49 digest.: Omnes debitores, qui in fraudem creditorum liberantur, per hanc actionem revocantur in pristinam obligationem.

l. 14 D. eod. Ulp. l. 6 disput.: Hac in factum actione non solum dominia revocantur.

l. 18 D. eod. Papin. l. 26 quaest. Etsi pignus . . remiserit . . . . si in fraudem creditorum fiat, actione utili revocabitur.

l. 24 D. eod. Scaevola l. singul. quaest. publice tractat: . . . an id quod accepit creditor revocandum sit . . . ut . . . revocetur . . . revocari nullo modo potest . . . an . . . revocetur . . . ideoque non revocatur quod percepi.

l. 7 D. eod. Paulus l. 62 ad edict.: Si debitor in fraudem ... vendiderit, deinde hi, quibus de revocando eo actio datur ... petant, ...

l. 6 § 10 D. eod. Ulp. l. 66 ad edict.: Si quid cum pupillo gestum sit in fraudem creditorum, Labeo ait omnimodo revocandum. ....

l. 10 § 1 D. eod. Idem l. 73 ad edict.: Ita demum revocatur, quod fraudandorum creditorum causa factum est, si eventum fraus habuit .... § 11. Si impubes patri heres extiterit eiusque mortui bona veneant, separatione impetrata utriusque fraus erit revocanda ...

In all diesen Stellen wird von revocare gesprochen, wo Rückgängigmachung einer alienatio, liberatio, traditio, pignoris remissio, solutio, venditio, eines factum oder gestum in fraudem creditorum, mittels actio Pauliana oder actio in factum in Frage steht.

Die gleiche Bedeutung von revocare findet sich für einen teils gleichen teils ähnlichen Fall in l. 45 pr. D. 49. 14 (= Paul. sent. V. 12. 1[a]): In fraudem fisci non solum per donationem, sed quocumque modo alienata revocantur. idemque iuris est, etsi non quaeratur: aeque enim in omnibus fraus punitur[1]); ferner in:

Fragm. de iure fisci 20: Ab eo qui reus criminis postulatus adversam sententiam meruit, tempore reatus quocumque modo alienata a fisco cum quadruplis fructibus revocantur.

l. 11 § 1 D. 48. 20. Marcian l. ... de publ. indiciis: ... in fraudem autem quae alienavit, post condemnationem revocantur.

l. 39 § 1 D. 49. 14. Papin. l. 16 respons.: ... quod participes iudicati solvendo essent revocatis alienationibus quas fraudulenter fecerant ....

Der Fiskus soll hiernach überall das Recht haben, die geschehene alienatio umzustoßen.

Sehr entschieden kommt revocare in dem besprochenen Sinne zur Geltung in den Fällen der in fraudem patroni

---

[1]) Savigny, System IV. S. 29 Note n.

erfolgten alienatio, vgl.: Paul. sent. III. 3. Ea quae in fraudem patroni a liberto quoquo modo alienata sunt, Fabiana formula tam ab ipso patrono quam a liberis eius revocantur.

Fragm. de formula Fabiana fol. I vers. 6: Et ea quidem quae non mortis causa data sunt, ita revocat, si dolo malo alienata sint. . . .

l. 1 § 1 D. 38. 5. Ulp. l. 44 ad edict.: Si alienatio dolo malo facta sit . . . . omni enim modo revocatur cf. § 2 eod.

l. 16 p. D. 37. 14. Ulp. l. 10 ad leg. Iul. et Pap.: . . . . alienatio quidem vires habebit, verumtamen per Favianam et Calvisianam actionem revocabuntur ea quae per fraudem sunt alienata . . . . idcirco Faviano vel Calvisiano iudicio revocabitur id quod alienatum est.

Hierzu vergleiche man den Gegensatz von ipso iure revocari und locum esse Favianae in l. 16 § 2 eod.

III. Ferner wird revocari gleichbedeutend mit in integrum restitui gebraucht.

l. 10 C. 8. 42. Diocl. et Maxim. a. 293: Successores eius qui maior 25 annis in solutum pro debito iure mancipia dedit haec revocare non posse constat.

Hier wird von den Kaisern die den minores und ihren Successoren zustehende in integrum restitutio als revocatio gedacht und solche den Erben eines maior 25 annis verweigert.

l. 2 p. C. 6. 35. Severus et Antoninus a. 222: Polla quidem liberam habuit administrandi patrimonii sui potestatem nec idcirco quod pupillus illi heres extitit ea quae ab ipsi finita sunt revocari in disceptationem oportet. Die in integrum restitutio gegen den Vergleich des Großjährigen steht dem unmündigen Erben desselben nicht zu; revocari in disceptationem wird synonym mit in int. restitui gebraucht.

IV. Endlich kommt revocare vor im Sinne eines prozessualen Angriffs, gerichtet auf Umstoßung eines richterlichen Urteils:

l. 3 C. 2. 9 (10) Diocl. et Maxim. a. 294: Sententiis finita negotia rescriptis revocari non oportet . . .



l. 3 C. 7. 57. Alexander a. 227: Ea quae causa cognita statuuntur, subscriptionibus revocari non posse saepe rescriptum est.

Paul. sent. V. 33, 1: Ne liberum quis haberet arbitrium retractandae et revocandae sententiae ....

Überblickt man die Anwendungsfälle von revocare, so läßt sich feststellen: Wo revocare die Unwirksamkeit eines Tatbestandes ausdrückt, besteht über diese Bedeutung nach dem Zusammenhang kein Zweifel. Sonst wird revocare vereinzelt gebraucht:

a) zur Bezeichnung der Umstoßung letztwilliger Verfügungen seitens des Testators selbst (l. 3 i. f. C. 6. 36 S. 111 Z. 3 v. o.);

b) zur Bezeichnung der Umstoßung einer Schenkung wegen Undankbarkeit (l. 1 p.; l. 7 p. §§ 1—2. l. 9 C. 8. 55 S. 112 Z. 16 v. o.);

c) zur Bezeichnung des Rechtsmittels gegen ein Urteil (S. 115 Nr. IV), regelmäßig aber zur Bezeichnung der Umstoßung von Rechtswirkungen, die zufolge eines krankhaften Tatbestandes eingetreten sind, mittels Angriffs auf dieselben:

α) seitens desjenigen selbst, der den Tatbestand gesetzt hat;

β) seitens eines benachteiligten Dritten.

Dies trifft auch für die zahlreichen Fälle zu, wo das Revokationsrecht verneint wird in Ermangelung eines krankhaften Tatbestandes. Wir sind daher berechtigt, dem Ausdruck revocare eine zweite technische Bedeutung zu vindizieren, welche die Gefahr einer Verwechselung ausschließt.

Kommen wir so zu dem Schlusse, daß in unseren Quellen eine technische Bezeichnung für etwas, was nicht Unwirksamkeit eines Tatbestandes, sondern eine zum Angriff auf die erzeugten Wirkungen berechtigende Mangelhaftigkeit ist, in den Wendungen retractare, rescindere, revocare vorkommt, so ist nun der Einwand zu prüfen, „daß die Ausdrücke „rescindere, ... revocare u. a. ebenso häufig von Rechts„geschäften, wie von rechtlichen und tatsächlichen Verhält„nissen gebraucht werden und vielleicht nicht minder oft in

„Fällen wirklicher Nichtigkeit wie in Fällen von Anfechtbar-„keit im Sinne unseres Systems.“ [1])

Zunächst kommt es für die Frage des technischen Sprachgebrauchs, welcher bez. der Mangelhaftigkeit eines juristischen Tatbestandes bestehen soll, darauf gar nicht an, ob er ausschließlich für die sogenannten Rechtsgeschäfte besteht oder nicht; ferner ist zu bestreiten, daß die erwähnten Ausdrücke überhaupt zur Bezeichnung von „tatsächlichen“ Verhältnissen vorkommen. Die von Schloßmann a. a. O. Anm. 30 hierfür gebrachten Beispiele der Quellen treffen keineswegs zu. Denn libertas in l. 5 § 2 D. 40. 9 bedeutet ebenso die „Rechtswirkung des Freilassungsaktes“ wie fraudes in l. 22 D. 42. 8 die fraudulosen Geschäfte. Endlich ist es allerdings, wie oben ausführlich gezeigt wurde, richtig, daß rescindere und revocare häufig die gänzliche Wirkungslosigkeit (Nichtigkeit) des Tatbestandes ausdrücken; allein, wie ebenfalls dargelegt wurde, so, daß die eine und die andere Bedeutung sich jeweils aus dem Zusammenhange mit Sicherheit ergibt.[2])

---

[1]) Schloßmann, Zur Lehre vom Zwang S. 23. Auch Schilling, Lehrbuch der Institutionen II § 84 Anm. c und Animadversiones criticae ad Ulp. fr. specimen I p. 32 sqq. Endemann, Die civilrechtl. Wirkung der Verbotsgesetze S. 15 N. 1. 2. Schröder, Zur Lehre von den gesetzlichen Veräußerungsverboten S. 106 N. 30. — [2]) Wenn Schilling, Lehrbuch a. a. O. und Animadv. crit. a. a. O. für die Synonymität von nullius momenti esse und rescindi die l. 22 D. 42. 8 anführt, so beruht dies auf Mißverständnis. Denn in l. 22 wird zwar die Frage aufgeworfen, ob es als factum in fraudem creditorum nullius momenti sei, wenn in vetus creditum unus creditor pignora accepisset. Allein die Antwort ist dahin formuliert: der Gläubiger sei an der persecutio pignorum nicht gehindert, wenn nicht die Verpfändung in fraudem creditorum geschehen und die actio angestellt werde, durch welche die fraudulosen Geschäfte umgestoßen zu werden pflegen (rescindi solent). Hier wird also rescindi durchaus nicht gleichbedeutend mit nullius momenti esse gebraucht. Vielmehr wird die Frage, ob nullius momenti implizite verneint und nur die Umstoßung (rescissio) für zulässig erklärt. — Über retractari in l. 7 § 6 D. 24. 1 s. oben S. 91 Z. 4 v. u. ff. — Nicht besser steht es mit Schillings Behauptung in Animadv. crit. l. c., daß ipso iure non valere bisweilen im Sinne der Existenz eines Revokationsrechts vorkomme. Der zum Belege angeführte Vergleich zwischen l. 3 § 10 und l. 5 § 18 D. 24. 1 beweist nur, daß revocari in letzterer Stelle die Geltendmachung des non valere bedeutet.

Endemann (Die civilrechtliche Wirkung der Verbotsgesetze S. 15 f.) hält für das dem Begriff der lex perfecta Wesentliche nicht die Statuierung der „Nichtigkeit" des verbotswidrigen Handelns, sondern die „Rescission" des unerlaubten Geschäftes. „Rescindere geht „aber", so fährt er fort, „nicht in dem anderen technischen Begriffe „nichtig machen" auf. Die römischen Juristen gebrauchen die Aus„drücke: nullum esse, ipso iure non valere, irritum esse, revocari, re„scindi, infirmari und andere derart ohne technische Unterscheidung, „daß nur der eine Schluß dahin möglich ist, daß sie eine den „modernen Begriffen „Nichtigkeit und Anfechtbarkeit" entsprechende „Scheidung nicht kannten. Insbesondere bezüglich des hier interes„sierenden Begriffes 'rescindere' ist festzustellen, daß derselbe ver„einzelt als gleichbedeutend mit absolut wirkungslos gebraucht wird, „nach dem gewöhnlichen, in den Quellen weitaus überwiegenden „Sprachgebrauch aber die Auflösung eines an sich wirksamen Rechts„geschäfts ausdrückt. Mit anderen Worten also: die als überliefert „anzunehmende Definition 'lex rescindit' umfaßt, um mich der heutigen „Terminologie zu bedienen, sowohl Anfechtbarkeit als Nichtigkeit; „die Wirkung der lex perfecta nach diesen beiden Richtungen hin ist „in der zur Charakterisierung dieser Gesetzesart benutzten Bezeichnung „zum Ausdruck gebracht."

Diese Ausführung leidet an ungenauer Beobachtung der Quellen in bezug auf rescindi und revocari. Vor allem lassen sich die Beispiele für rescindi als Ausdruck der Unwirksamkeit sehr weit über die beiden (a. a. O. Anm. 2) von E. angeführten vermehren (vgl. oben S. 95), sodaß von einem vereinzelten Vorkommen dieser Bedeutung füglich nicht die Rede sein kann. Sodann ist aus den Belegen für die Bedeutung von rescindi als Auflösung eines wirksamen Rechtsgeschäfts die l. 5 p. D. 48. 6 auszuweisen; endlich aber zeigen, abgesehen von eben dieser Stelle, die übrigen von E. angeführten Beispiele für die zweite Bedeutung von rescindere, daß es sich dabei — wie auch oben schon gezeigt wurde — um Auflösung von Tatbestandswirkungen infolge eines Angriffs auf dieselben handelt, also um ein rescindere ex voluntate hominis. Dagegen konnte gerade die Wendung lex rescindit oder rescindere in einer Verbindung, welche Rescission kraft der lex selbst anzeigt, nirgends in dem Sinne nachgewiesen werden, daß auch hier ein Angriff erst die Auflösung der Wirkungen herbeiführe, oder daß hier überhaupt erst eine Auflösung solcher in Frage stehe. An einer andern Stelle (S. 32 f.) erklärt E., die Begriffe nichtig und anfechtbar seien in den Quellen so wenig nach Inhalt und Terminologie unterschieden, daß dasselbe Geschäft öfter als ipso iure nullum und dann wieder als revokabel bezeichnet werde. Besonders charakteristisch sei hierfür die Vergleichung der l. 3 § 10 und der l. 5 § 18 D. 24. 1; während dort Ulpian von der donatio inter v. e. u. sage, ipso iure nihil valet, äußere derselbe Jurist in der letzteren Stelle über den nämlichen Gegenstand: hactenus revocatur donum ab eo eove cui

donatum est, ut — vindicetur, — condicatur. Nun erhellt aber doch aus dem Zusammenhang letzterer Stelle vollkommen deutlich, daß mit revocatur donum (nicht donatio cf. l. 32 § 7 D. 24. 1) gar kein Urteil über die Wirkungsfähigkeit oder -Unfähigkeit der donatio abgegeben wird; dieses Urteil liegt schon in den vorausgehenden Worten: in donationibus autem iure civili impeditis. Revocatur donum zeigt lediglich den Weg an, auf welchem der Schenker das geschenkte Vermögensstück oder dessen Wert wegen Unwirksamkeit der Schenkung wieder in seinen Besitz bringen könne.

Wenn sodann E. a. a. O. für die Unbestimmtheit des Sprachgebrauchs der Quellen sich darauf beruft, daß in den Digesten die Wendungen nullius momenti esse, retractari, irritum esse, infirmari, iure vulgato nulla est, nihil agitur promiscue gebraucht werden,

l. 5 § 5; 7 § 6; 31 § 4; 32 § 21; 52 § 1 D. 24. 1; 43 § 2 D. 28. 6,

so ist zunächst wegen des in l. 7 § 6 vorkommenden retractari zu entgegnen, daß hier retractari in seiner Grundbedeutung erscheint, in welcher es farblos auf die erneute Erörterung eines Tatbestandes hinweist. Indem der Jurist ausspricht: donationem inter virum et uxorem bona fide gestam non retractari, will er lediglich feststellen, daß eine solche venditio nicht der erneuten Erörterung (nämlich coram iudice) unterliegt. Dabei kommt es ihm auf den Unterschied zwischen Giltigkeit als Gegensatz von Wirkungslosigkeit und zwischen Unanfechtbarkeit nicht an. Wo retractari positiv gebraucht wird, bedeutet es, wie oben gezeigt, die auf Umstoßung vorhandener Wirkung gerichte Tätigkeit allein. Infirmari bezeichnet stets die volle Wirkungslosigkeit eines Tatbestandes ohne Angriff einer Partei (s. oben Bd. XXIII S. 413).

Unrichtig ist es, wenn E. behauptet, in l. 22 D. 42. 8 werde die geschehene Veräußerung als nullius momenti charakterisiert, gleichzeitig aber anerkannt, daß erst noch Rescissionsklage nötig sei. Vielmehr wirft hier Scaevola, wie schon oben bemerkt wurde, zuerst die Frage auf, ob die Veräußerung nullius momenti sei. Er verneint sie mit dem Bemerken, daß in dem gesetzten Fall höchstens, nämlich bei fraus in creditores — actio ad rescindendam fraudem stattfinde.

Bedenken könnte eine andere von E. angeführte Stelle erregen: l. 3 § 3 D. 17. 2: societas si dolo malo aut fraudandi causa coita sit, ipso iure nullius momenti est, quia fides bona contraria est fraudi et dolo. Obwohl ein erschlichener Kontrakt nur anfechtbar ist, werde die erschlichene societas ipso iure n. m. genannt. Allein ist denn eine societas dolo malo aut fraudandi causa coita ein erschlichener Gesellschaftsvertrag? Kann nicht societas flagitiosae rei gemeint sein? (cf. l. 35 § 2 D. 18. 1; 70 § 5 D. 46. 1. Vgl. auch die Übersetzung im deutschen corpus iuris.) Dolo malo coita societas wäre dann ein in rechtswidriger Absicht, d. h. zur Ausführung von rechtswidrigen Handlungen eingegangener Gesellschaftsvertrag; societas fraudandi causa coita ein Gesellschaftsvertrag zum Zweck betrügerischer Ausbeutung Dritter. Was aber den

Übrigens liegt bereits in der Tatsache, daß rescindi und revocari von den Römern in doppeltem Sinne verwendet werden, der Beweis dafür, daß auch ihnen der Gegensatz völlig zum Bewußtsein gekommen war, der unter den zwei Bedeutungen besteht.

Am Ende ist es doch auch sehr natürlich, daß die Sprache zwischen Fällen unterscheidet, wo ein Tatbestandsfehler dem Tatbestand jede Wirkung entzieht, und solchen, wo dieser Fehler den Eintritt der Wirkung nicht ausschließt, wohl aber seinerseits bewirkt, daß diese Wirkung in ihrer Fortexistenz von einer ständigen Gefahr bedroht wird. Anderseits ist nicht zu verkennen, daß ein Tatbestand mit solcher, in ihrer Fortexistenz bedrohten Wirkung eine Schwäche in sich trägt, welche dem Tatbestand mit nicht bedrohter Wirkung fehlt. Und deshalb ist nicht abzusehen, weshalb diese eigentümliche Schwäche im Gegensatz einerseits zur vollen Stärke, anderseits zur vollen Wirkungslosigkeit nicht sollte als eine besondere Qualifikation des Tatbestandes aufgefaßt werden können und müssen. Diese Auffassung ist weit entfernt davon, zu leugnen, daß „Tatsachen sich nicht ungeschehen machen lassen“ [1]), oder „daß das (juristische) Geschäft nicht (mit seinem Abschluß) für immer seine Funktion erfüllt habe“ [2]), oder zu behaupten, daß das Rechtsgeschäft ein lebendiger Organismus sei, der auch eine krankhafte Konstitution haben könne.[3])

Ob von der Aufstellung des Begriffs der „Anfechtbarkeit“ praktische Konsequenzen zu erwarten seien, ist eine Frage für sich, die sich in anderem Zusammenhange wird beantworten lassen. Nur soviel läßt sich schon an dieser Stelle gegen Schloßmann (a. a. O.) „der Satz, daß anfechtbare Geschäfte durch Verzicht auf das Anfechtungsrecht

---

Sprachgebrauch des Codex für rescindere anlangt, so kann im allgemeinen auf das oben Gesagte verwiesen werden. Hier sei nur bemerkt, daß die von Endemann a. a. O. für rescindere im Sinne von „anfechten“ citierten l. 8 C. 5. 3; l. 1 C. 4. 21 und l. 13 C. 5. 16 den Ausdruck rescindere überhaupt nicht enthalten.

[1]) Schloßmann a. a. O. S. 21. — [2]) Schloßmann l. c. — [3]) Schloßmann: l. c. Gegen Schloßmann: Thon in Jherings Jahrb. 28 S. 41/2. Endemann a. a. O. S. 97.

oder durch Verjährung des letzteren konvaleszieren können, zeigt sich bei näherer Betrachtung nur als ein anderer Ausdruck des trivialen Satzes, daß ein Rechtszustand solange besteht, als er nicht aufgehoben ist" geltend machen, daß es doch einen Unterschied machen könnte, ob ein normaler Rechtszustand aufgehoben wird, weil eine normale Aufhebungstatsache eintritt oder ob ein abnormaler Zustand beseitigt wird deshalb, weil gegen die Wirkungen aus der Mangelhaftigkeit seines Entstehungstatbestandes reagiert wird, um ein Beispiel zu gebrauchen, ob die Obligation gelöst wird durch Erfüllung oder durch Angriff des benachteiligten Gläubigers, ob das Eigentum aufhört durch freiwillige Tradition bezw. Ersitzung, oder ob durch den richterlichen Spruch auf Anrufen einer Partei.[1])

Auch wenn die Art der Beseitigung vorhandener Rechtswirkungen für die einzelnen Fälle der „Anfechtbarkeit" eine verschiedene ist, bleibt dennoch ein systematisches und praktisches Interesse des Begriffs „Anfechtbarkeit" noch immer nach verschiedenen Richtungen möglich, dessen Nachweis weiterer Ausführung vorbehalten bleiben muß.

Nicht minder kann erst an anderer Stelle die Frage untersucht werden, welche Bedeutung der römischen exceptio zukam.

Möge es sich damit wie immer verhalten, an der Tatsache ändert das nichts, daß die Quellen einen Unterschied zwischen vollwirksamen Tatbeständen einerseits, wirkungslosen und mit schwacher, weil existenzbedrohter, Wirkung anderseits in ihrer Sprache zum Ausdrucke gebracht haben.

---

[1]) Vgl. Brinz-Lotmar, Pand. (2. A.) Bd. IV S. 421 N. 70.

IV.

Zur Lehre von der Muciana cautio im klassischen römischen Recht.[1])

Von

Herrn Referendar **Ernst Levy**
in Berlin.

A. Die civile Natur der cautio.

Der schon 1837 von Arndts[2]) aufgestellten Ansicht, daß die Muciana cautio ein Institut des prätorischen, nicht des Volksrechtes sei, ist nunmehr in Karlowa[3]) ein neuer Verfechter erstanden. Aber gerade dieser neue Angriff hat die Richtigkeit der gegenteiligen herrschenden Lehre[4]) besser bestätigt, als es irgend welche Verteidigung vermocht hätte. — Zunächst hat auch Karlowa gegen die unzweideutige Klarheit der l. 4 § 1 D. de condic. instit. (28, 7)[5]) nichts vor-

[1]) Die Anregung zu dieser Untersuchung sowie zahlreiche wesentliche Hinweise verdanke ich Herrn Professor Seckel. Insbesondere hat er mich freundlichst aufmerksam gemacht: auf das bedeutsame „velut" in l. 72 § 1 D. 35, 1, die Begründung für die abweichende Behandlung der Sklaven S. 136 ff. und die Erklärung der S. 146 f. unter b genannten Auffälligkeiten der l. 7 § 1 D. eod. — [2]) Vgl. Gesammelte civilistische Schriften II 152 ff.; ihm folgen Mühlenbruch bei Glück (1840) Bd. 41 S. 208 ff., S. 192 Anm. 41; Sintenis, Praktisches gemeines Civilrecht [2] (1861) III 416 Anm. 29, Sp. 1 u. 2. — [3]) Römische Rechtsgeschichte II 872—874. — [4]) Vor allem Brinz, Pandekten [2] III S. 197 f. und für Vermächtnisse 409 ff.; Windscheid, Pandekten [8] III S. 258 Anm. 7; v. Vangerow, Pandekten [7] II 124, 127; Vering, Comm. ad l. 4 § 1 D. 28, 7 S. 6 ff.; J. A. Seuffert, Pandekten [4] III 171 Anm. 3; Koeppen, Lehrbuch des heutigen römischen Erbrechts (1895) S. 381 Anm. 1; Girard, Manuel élémentaire de droit romain [2] (1898) S. 803 Anm. 4. — [5]) Daß diese Stelle von der Muciana cautio (oder vielmehr, wie wir u. S. 136 f. sehen werden, von der gleich behandelten velut Muciana cautio) spricht, kann nicht bezweifelt werden: die gegensätzlichen Ansichten einerseits von v. Scheurl (Beiträge zur Bearbeitung des römischen Rechtes (1854) II 260 ff.), der condicio = modus setzt, andererseits von Puchta-Rudorff (Vorlesungen 1855 II 376), welche die Kaution als eine von dem Testator selbst angeordnete erklären, sind völlig unmöglich.

bringen können. Wenn Julian hier ausdrücklich ausführt, daß durch die Stellung der Kaution die Bedingung, unter der der Erbe eingesetzt ist, erfüllt werde (eum ..... caventem coheredi implere condicionem), so weist er damit jede Erklärung, die der cautio ihre civile Natur rauben wollte, von vornherein ab: denn welche Wirkung gehörte mehr dem Civilrecht an als der Übergang eines bedingten Rechtes in ein unbedingtes?

Auch aus Ulp. l. 7 § 1 D. de cond. et demonstr. (35, 1) geht die civile Natur hervor. Der Versuch Karlowas, die Entscheidung und Entscheidungsart dieser Stelle aus einem singulären Umstande zu erklären, der außerhalb des Bereichs der Muciana cautio liegt, ist, wie wir unten (S. 144 ff.) sehen werden, unmöglich; zudem paßt die Erklärung Karlowas nur auf das „accepto facere", nicht aber auf das bezeichnenderweise hier gegenüber der sonst indirekt (s. u. S. 145 ff.) abgeschriebenen Labeostelle (Labeo-Javolen. l. 20 pr. D. de cond. inst. (28, 7)) eingefügte cavere. Vielmehr erweist die Verbindung „accepto facere vel cavere" ganz unzweideutig, daß Ulpian beiden Rechtsgeschäften dieselbe rechtliche Folge zuspricht, d. h. eine civile Rechtsfolge, da eine solche der acceptilatio von niemandem wird streitig gemacht werden. — Dagegen können Stellen wie l. 73 oder l. 67 D. de cond. et dem. (35, 1), die auch Karlowa nur als nicht gegen ihn sprechend anführt, oder der cautio beigelegte Attribute wie das noch dazu sehr zweifelhafte (s. u. S. 133 Anm. 1) „remedium" (l. 7 pr., l. 79 § 3 D. eod.), wie „exemplum" (l. 72 § 2 D. eod.) oder wie „utilitas" cautionis (l. 7 pr. D. eod.) keinen Beweis liefern, selbstverständlich auch nicht die Nov. 22 c. 44 § 6. Ferner würde es ganz unerfindlich sein, warum die Muciana cautio bei Erbeseinsetzungen eingeführt worden wäre, wenn sie sich in nichts von der Kaution hätte unterscheiden sollen, welche dem bedingt Eingesetzten zur Erlangung der bonorum possessio secundum tabulas gewährt wurde (s. u. S. 150 f.): so muß denn Arndts[1]) auf eine Erklärung verzichten und Karlowa müßte es auch, wenn er sich nicht auf künstliche Unterscheidungen stützte. — Schließlich würde die

[1]) S. 152.

Muciana cautio, wenn sie iuris praetorii wäre, unzweifelhaft eine Stelle im Album gefunden haben: aber weder das ist der Fall[1]) noch ist bis auf eine später (S. 127 ff.) zu betrachtende Stelle (Gaius l. 18 D. eod.)[2]) in irgend einem der Ediktskommentare von der Muciana cautio auch nur die Rede: daß in denselben im Sinne Karlowas nirgends von ihr gesprochen wurde, können wir um so sicherer behaupten, als uns die Kompilatoren diese Stellen schwerlich vorenthalten hätten.

B. Die Voraussetzungen der Muciana cautio.

In der Stellungnahme der römischen Juristen, wie sie uns von den Kompilatoren überliefert sind, zu der Frage, welche Bedingungen eine Muciana cautio zulassen[3]), können wir deutlich eine strengere und eine freiere Richtung unterscheiden.

Die strengere Richtung, welche von Juristen wie Julian und Papinian vertreten wird und somit die Ansicht des klassischen Rechtes darstellt, läßt eine Muciana cautio nur bei solchen Bedingungen zu, „quae morte legatariorum finiuntur" (Papinian l. 73 D. de cond. et dem. (35, 1), oder, allgemeiner ausgedrückt: „quae nisi fine vitae expleri non possent" (Julian bei Maecian l. 67 § 1 D. ad SC. Trebell. (36, 1)): nach diesem Prinzipe entscheiden beide auch durchweg. So lehnt Papinian die cautio ab bei der Bedingung: „si fideicommissi cautio non fuisset petita": „quoniam vivo eo, cui relictum est, impleri condicio potuit" (l. 72 § 2 D. de cond. et dem. (35, 1))[4]) und ebenso bei der Bedingung „si cum filio meo in matrimonio perseveraverit" mit der Begründung „quia morte viri condicio possit exsistere" (l. 101 § 3 D. eod.). Dagegen ge-

[1]) Lenel, Edictum perpetuum S. 294. — [2]) Lenel a. a. O. Anm. 2. — [3]) Daß die Grenzen für Erbeseinsetzung und Vermächtnis die gleichen sind, dürfte wohl allgemein jetzt feststehen (vgl. Vangerow II 127; dagegen noch Arndts in Weiskes Rechtslexikon III 932 Anm. 154, Sintenis III 415 Anm. 29 Spalte 2) und geht auch aus dem Folgenden hervor. — [4]) Freilich hat diese Entscheidung für seine Zeit keine praktische Bedeutung mehr, da nach der constitutio Marc Aurels (l. 2 C. ut in possess. leg. (6, 54); vgl. l. 7 C. eod.) der Fideikommissar in einem solchen Falle eine cautio fideicommissaria gar nicht verlangen kann.

stattet er die cautio in dem Falle „si in Asiam non venerit“ (l. 73 D. eod.). In gleicher Weise versagt sie Julian wegen Mangels ihrer Voraussetzungen bei der Bedingung: „si Titio non nubserit“ ausdrücklich, weil „hoc genus legati perinde habendum est, ac si post mortem Titii legatum fuisset“ (l. 106 D. eod.).

Wie vollständig aber das Prinzip die Auffassung der Juristen beherrschte, erweisen besser als alle Regelentscheidungen zwei Ausnahmen, welche Papinian anführt: selbst in Fällen, wo die Durchführung des Prinzipes „ominosa“, „periculosa ac tristis“ wäre [1]), denkt man nicht daran, mit demselben zu brechen, sondern man hilft sich dürftig mit dem stets bereiten Auskunftsmittel eines „velut“. Und auch dazu bedarf es einer langen Entwickelung: erst kurz vor Papinian muß die Anschauung die Oberhand gewonnen haben („negaverunt“, „sed displicuit sententia“) [2]), die der Witwe, welcher „si a liberis non discesserit“ legiert ist (l. 72 pr. D. eod.), die Stellung einer „velut Muciana cautio“ erlaubt, und in einem anderen Falle, in dem ein Freigelassener das Legat „si a liberis eius (scil. patroni) non discessisset“ erhalten hat, muß sogar der Kaiser [3]) eingreifen, um dem Freigelassenen die velut-cautio zu gewähren (l. 72 § 1 D. eod.). [4]) Das Prinzip aber anzutasten wagt niemand.

[1]) Über die tieferen Gründe ist unten S. 136 ff. zu sprechen. — [2]) Ferrini (Teoria generale dei legati e dei fedecommessi (1889) p. 371 f. und Anm. 1) und Costa (Papiniano III (1896) p. 146 f.) bezeichnen sogar erst Papinian selbst als Urheber dieser Anschauung; doch hätte es dann wohl „displicet“ heißen müssen. — [3]) Papinian spricht in l. 72 § 1 zwar nur von einem „imperator“, doch wird die Möglichkeit, um welchen Kaiser es sich handeln kann, einerseits dadurch begrenzt, daß Julian dieser wichtigen Neuerung noch an keiner Stelle gedenkt, und andrerseits durch den Tod Papinians; wir haben daher unter Marc Aurel, Commodus und Septimius Severus die Wahl. Sicherlich rührt die Verordnung also von einem Nachfolger des Antoninus Pius her, doch legt die prädikatlose Anführung des „imperator“ die Vermutung nahe, daß der zu Lebzeiten Papinians regierende Kaiser, also Septimius Severus gemeint ist: so Ferrini 372, Costa 147 Anm. 38. — [4]) So Ferrini 372; anders Costa 147 Anm. 38, welcher die im pr. gewährte Muciana cautio für die eigentliche und nur die des § 1 als eine velut-cautio erklärt; wenn auch der Wortlaut für Costa spricht, so ist doch inhaltlich auch schon durch die Anwendung im pr. die Schranke der eigent-

Dieser von Julian und Papinian so konsequent durchgeführten Richtung tritt nun eine freiere Auffassung gegenüber, welche 4 Stellen [1]) für sich aufweist:

Gaius l. 18 D. eod.
Ulpianus l. 7 pr. D. eod.
Javolenus l. 67 D. eod.
Ulpianus l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28, 7).

Unter ihnen sind deutlich zu unterscheiden diejenigen, welche den Grundsatz dieser neuen Richtung aufstellen und die, welche bei der Entscheidung praktischer Fälle lediglich im Ergebnis mit der neuen Richtung übereinstimmen. Auf Grund dieser Scheidung wird darzulegen sein, daß die Quellen, soweit sie das neue Prinzip aussprechen, höchst wahrscheinlich interpoliert sind, soweit sie aber praktisch eine (velut) Muciana cautio, über das Prinzip Julians und Papinians hinausgehend für anwendbar erklären, sich nur scheinbar in Widerspruch zu diesen beiden setzen.

I. Das Prinzip selbst sprechen aus:

1. Gaius l. 18 D. de cond. et dem. (35, 1).
2. Ulpianus l. 7 pr. D. eod.

Worin es sich von dem oben behandelten unterscheidet, ergibt folgende Gegenüberstellung: Julian und Papinian lassen die Muciana cautio zu bei „condiciones, quae nisi fine vitae expleri non possent“, Gaius und Ulpian bei „condiciones, quae in non faciendum conceptae sunt“. Damit würde der Rahmen der Anwendungsfälle der Muciana cautio ganz bedeutend erweitert werden. Nun wäre eine solche Entwickelung zu einer freieren Auffassung sehr wohl denkbar und

---

lichen Muciana überschritten. Im übrigen werden eigentliche und velut-cautio ganz gleich behandelt.

[1]) l. 79 § 3 D. de cond. et dem. (35, 1) und l. 76 § 7 D. de leg. II, zwei Papinianstellen, die von einer „condicio non faciendi“ sprechen, glauben wir nicht berücksichtigen zu müssen, da — ganz abgesehen von einer Interpolationsmöglichkeit, welche für die l. 79 § 3 nicht von der Hand zu weisen ist — dieser Ausdruck hier auf technische Genauigkeit keinen Anspruch macht und deshalb für juristische Erwägungen einen zu schwankenden Boden abgäbe. Unseres Wissens hat auch kein Verfechter der Gegenansicht aus diesen Stellen irgend etwas Wesentlicheres zu folgern versucht.

insbesondere als ein Fortschreiten auf der durch das Juristenrecht und die erwähnte kaiserliche Verordnung vorgeschriebenen Bahn genügend zu erklären, wenn nicht beide Stellen Momente aufwiesen, die den Verdacht der Interpolation erweckten. Betrachten wir daher jede Stelle besonders.

1. Gaius libro octavo decimo ad edictum provinciale l. 18 D. eod.

„Is, cui sub condicione non faciendi aliquid relictum est, ei scilicet cavere debet Muciana cautione, ad quem iure civili, deficiente condicione, hoc legatum eave hereditas pertinere potest.“

Diese lex ist in mehrfachen Beziehungen auffällig:

a) Die Annahme einer Entwickelung, wie wir sie soeben als wohl möglich hinstellten, kann diese Stelle nicht stützen: die Entwickelung müßte denn geradezu rückwärts verlaufen sein; denn es wäre ganz unerfindlich, warum ein Nachfolger des Antoninus Pius, wahrscheinlich sogar erst Septimius Severus (s. o. S. 125 Anm. 3), sich mit der Regelung eines singulären Einzelfalles hätte abgeben sollen, um nur ja das Prinzip zu wahren, wenn schon vor ihm, von Gaius, die Muciana cautio bei allen condiciones non faciendi angewandt worden wäre: dazu noch die reine Muciana, wie „Gaius“ verkündet, während sich der Kaiser nur zu einer velut Muciana cautio entschließen kann.

b) Sollte aber Gaius vielleicht in dieser Frage eine Sonderstellung eingenommen haben? [1]) Dann wäre die Art, wie er seinen Grundsatz aufstellt, eines klassischen Juristen vollends unwürdig; er, der unter dem Einfluß Julians aufwuchs, in einer Zeit, wo dessen überragendes Talent das Rechtsleben beherrschte, erwähnt dessen Ansicht mit keinem Worte; vielmehr dünkt er sich über den in l. 72 pr. D. eod. erwähnten Meinungsstreit (s. o. S. 125) so erhaben und betrachtet die ganze Frage als eine derart selbstverständliche, daß er für seine Auffassung nur einen Nebensatz übrig hat.

[1]) In seinen Institutionen behandelt er die Frage gar nicht und erwähnt bedingte Erbeseinsetzungen, Vermächtnisse und Fideikommisse nur insoweit, als sie „poenae nomine relicta“ sind (II 235, 243, 288); da es sich dabei aber um Kasual- und nicht um Potestativbedingungen handelt, so ist irgendwelcher Schluß auf unsere Frage unzulässig.

c) Daß die von Gaius vertretene Ansicht auch die Justinians ist, sei als ein wichtiges Moment, das auch für die hernach zu behandelnde l. 7 pr. in Betracht kommt, hervorgehoben. Im Vollgefühl seiner kaiserlichen Macht, auch über die Vergangenheit gebieten zu können, setzt sich der Imperator, wie so oft, ohne Bedenken über die Wahrheit hinweg und verkündet uns, daß bereits der Stifter der Muciana cautio der freieren Richtung gehuldigt hätte, was zweifellos falsch ist[1]): Nov. 22 cap. 43: „Quint*ος* Muci*ος* Scaevol*ας* *προνομοθετήσας ἐτύγχανεν, ἐπὶ πάντων δὴ τῶν ἠρτημένων εἰς τὰς τῶν πραγμάτων κωλύσεις τὰς τοιαύτας ἐπινοήσας ἀσφαλείας.*[2]) Das Verhalten des Kaisers gegenüber Scaevola ist also gleichfalls nicht geeignet, die Absicht einer Interpolation in Bezug auf unsere Frage als ausgeschlossen erscheinen zu lassen.

d) Weiter auffallend ist es, daß Gaius seine Bemerkung im Ediktskommentar gemacht hat: es ist das nämlich jene vorhin (s. o. S. 124) angedeutete einzige Stelle der Kommentare, welche die im Edikt selbst nicht vorkommende Muciana cautio erwähnt. Nun mag es ja freilich sein, daß Gaius sich in dieser Materie überhaupt vom Edikt vielfach emanzipiert hat[3]) und daraus die Erwähnung der cautio erklärlich wird. Aber das Auffallende liegt tiefer: es ist das Verdienst der im Ergebnis von uns (s. o. S. 122 ff.) bekämpften Ansicht Arndts' und Karlowas hervorgehoben zu haben, daß die Gaiusstelle nur zu verstehen ist, wenn man annimmt, daß die Muciana cautio lediglich prätorische Wirkungen erzielen kann[4]): oder, anders ausgedrückt, das Fragment beweist aus seinem eigenen Inhalt, daß seine Inskription nicht zufällig ist und auch nicht anders lauten könnte, daß es selbst also notwendig in den Ediktskommentar und wahrscheinlich

[1]) Mit Recht vermutet vielmehr Bremer, Jurisprudentiae antehadrianae quae supersunt I (1896) S. 79 aus dem „receptum est“ der l. 73 D. 35, 1, daß Q. Mucius selbst die cautio nur bei gewissen konkreten Tatbeständen in Anwendung gebracht habe, ohne überhaupt ein Prinzip aufzustellen. — [2]) Daß bei Lenel, Paling. I 758—764 diese Stelle nicht aufgenommen ist, beruht wohl auf einem bloßen Versehen. — [3]) Lenel, Ed. 294. — [4]) Sonst wäre sowohl die Hervorhebung des „iure civili“ wie namentlich das „deficiente condicione“ ganz unverständlich.

auch an diese Stelle desselben[1]) gehört, da dann sicherlich **hier** die Muciana cautio im Edikt behandelt wurde. Letztere Annahme aber, die aus der Stelle unabweislich folgt und die daher Arndts und Karlowa zu der ihrigen gemacht haben, steht mit der von der herrschenden Lehre vertretenen, oben ausführlich erwiesenen Auffassung in vollstem Widerspruche, und wir kommen daher zu folgendem Ergebnis:

α) Gaius **kann** die Muciana cautio infolge ihrer civilen Natur nur gelegentlich in seinem Kommentar erwähnt haben.

β) die lex 18 läßt nur die Auffassung der Muciana cautio als eines prätorischen Institutes zu und macht den Eindruck, als gehöre sie ex professo in den Ediktskommentar.

folglich:

γ) es ist kaum denkbar, daß die Stelle von Gaius' Hand herrührt: die Vermutung der Interpolation hat also auch aus diesem Grunde eine sehr große Wahrscheinlichkeit für sich.

e) Mit diesem Resultate kommt schließlich auch die Tatsache überein, daß, wie aus Nov. 22 cap. 44 § 6 hervorgeht, Justinian der cautio tatsächlich nur eine der prätorischen entsprechende Wirkung zuerkannte, indem er deficiente condicione eine vindicatio gegen den, der die cautio gestellt hatte, zuließ.[2]) [3])

f) Über eine weitere auffallende Übereinstimmung der lex mit Justinianischem Recht vgl. unten S. 141 f.

---

[1]) da Gaius in seinem 18. Buche den 27. Titel des Edikts „de legatis" erläutert (Lenel 293). — [2]) Das geht hervor: *α*) aus dem „*ἐκδικεῖν*", welches technisch für „vindicare" gebraucht wird (vgl. z. B. Nov. 120 c. 7 § 1; Basil. tit. 15, 1: „*περὶ πραγμάτων ἐκδικουμένων* ..." = „de rebus vindicandis ..."). *β*) aus dem deutlichen Zusatz „*ὡς αὐτὸ τὴν ἀρχὴν οὐδὲ δοθῆναι δόξαν*" („tamquam si hoc ab initio neque datum fuisse videretur"). — Der Grund für die Gewährung einer vindicatio ist wohl darin zu finden, daß Justinian ein sichereres Mittel gegen den schaffen will, der gegen den Willen des Erblassers handelt („studii enim nostri est defunctorum conservare secundum legem voluntates": nov. 22 cap. 44 § 9 i. f.). — [3]) Vgl. auch Brinz III 411 und Anm. 35, Windscheid III 258 Anm. 7, E. A. Seuffert bei J. A. Seuffert III 172 Anm. 3.

g) Gegenüber dieser Darlegung ist es kaum von Belang, daß auch zwei stilistische Unschönheiten die Stelle verdächtigen könnten:

α) die Auflösung des „relictum est" in „hoc legatum eave hereditas".

β) der ungeschickte Ausdruck „cavere Muciana cautione". Außer an dieser Stelle kommt eine solche Figur nur noch in zwei Fragmenten vor:[1])

αα) das eine, l. 6 D. rat. rem hab. (46, 8), das den Akkusativ „cautionem" setzt und geradezu ein Muster an verwildertem Stilgefühl darstellt („cautionem ratam rem dominum habiturum cavere compellendus est") stammt von Hermogenian, also erst aus Konstantins Zeit, 1½ Jahrhunderte nach Gaius[2]) (wie elegant ist dieselbe Sache von Ulpian in l. 39 § 7 D. de procur. et def. (3, 3) ausgedrückt!)

ββ) das andere Fragment hingegen, l. 2 § 6 D. de iud. ubi quisq. ag. (5, 1) gibt den Ablativ wie unsere l. 18 und rührt von Ulpian her, aber gerade hier ist das „cavere in iudicio sisti" aus „vadimonium facere" interpoliert.[3])

So bliebe unser Ausdruck mit seinem Pleonasmus also für die Zeit des Gaius ein *ἅπαξ εἰρημένον*.

2. Ulpianus libro octavo decimo ad Sabinum l. 7 pr. D. de cond. et dem. (35, 1).

„Mucianae cautionis utilitas consistit in condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae, ut puta „si in Capitolium non ascenderit", „si Stichum non manumiserit" et in similibus: et ita Aristoni et Neratio et Iuliano visum est: quae sententia et constitutione divi Pii comprobata est. Nec solum in legatis placuit, verum in hereditatibus quoque idem remedium admissum est."

a) Daß diese Stelle von Anfang an den Eindruck macht, als käme sie nicht aus der Feder eines Klassikers, wird

---

[1]) Vocab. Jurispr. Rom. s. v. „cautio" S. 701, 703. — [2]) A. M., aber ohne Angabe eines hinreichenden Grundes: Kipp, Quellenkunde des römischen Rechts (1896) S. 91. — [3]) Lenel, Palingenesia II 427 Anm. 1.

durch zwei stilistische Unfeinheiten gleich in ihrem Beginn begründet:

α) einmal ist der Ausdruck „der Nutzen der Muzianischen Kaution besteht in Bedingungen“ durchaus unlogisch: der Nutzen kann nur in der Anwendbarkeit bei einer Bedingung bestehen, nicht in dieser selbst. „Condicio“ aber als „bedingten Tatbestand“ zu fassen, wie das Wort bisweilen gebraucht werden soll[1]), ist wegen des folgenden Relativsatzes nicht angängig.

β) schlimmer aber ist der Satz, der gerade das Prinzip der freien Richtung ausdrücken soll: „condicionibus, quae in non faciendo sunt conceptae“; er würde, entsprechend ins Deutsche übertragen, etwa lauten: „Bedingungen, die auf einem Nichttun abgestellt sind.“[2]) Ein solches Latein kann man einem Klassiker schwerlich zuschreiben, und tatsächlich findet sich auch eine derartige Konstruktion des „in“ mit dem Ablativ nach „concipere“, soweit wir gesehen haben, nirgends. Nicht nur sonst wird stets der Akkusativ gesetzt, wie wir das in Begriffen wie „formula in ius, in factum concepta“ täglich im Munde führen, sondern insbesondere auch in der Verbindung mit „condicio“: so schreibt Pomponius in l. 16 D. de ini. rupt. test. (28, 3) dicht hintereinander „condicio in praeteritum, in praesens, in futurum“ und dann wieder „in praeteritum concepta“, und daß auch die Gerundivform keine besondere Behandlung erfordert, beweist am schlagendsten Ulpian selbst: libro sexto ad Sabinum l. 7 D. de verb. obl. (45, 1), wo er sogar ganz dasselbe Wort braucht: „condicio, cum in faciendum concipitur.“ Soll der Ablativ gesetzt werden, so bedarf es eines anderen Verbums, wie das Ulpian in l. 51 § 1 D. de hered. inst. (28, 5) zeigt: „si in non faciendo condicio sit expressa.“

b) Ausschlaggebend aber ist der Inhalt der Stelle. Hat „Gaius“ sich in der interpolierten Stelle durch sein selbst-

[1]) Dernburg, Pandekten [6] I 1, S. 245 Anm. 3; Adickes, Zur Lehre von den Bedingungen (1876) S. 5. — [2]) Über die häufige Kasusverwechselung der Kompilatoren bei den Fragen „wo?“ und „wohin?“ vgl. Kalb, Juristenlatein (1888) S. 64 ff., Grupe in der Savigny-Zeitschrift Bd. 17 S. 322.

herrliches Auftreten verdächtig gemacht, so macht sich Ulpian durch sein entgegengesetztes Verfahren von vornherein unmöglich: er citiert nämlich für seine Auffassung, die auch gleich radikal die eigentliche Muciana cautio zuläßt, eine Menge Autoritäten: drei Juristen und einen Kaiser: unter ihnen ist aber kein Name, der uns nicht mindestens stutzig macht. Daß Aristo und Neratius, Zeitgenossen Trajans, bereits der freieren Auffassung gehuldigt haben sollen, erscheint nach dem Gesagten mindestens zweifelhaft, und es gilt für sie das oben S. 127 sub a Ausgeführte; außerdem aber könnte man wohl erwarten, daß Julian oder Papinian an einer der zahlreichen Stellen dieser von ihnen im Prinzip abweichenden Meinung hätten gedenken sollen. Doch findet sich nirgends auch nur eine Andeutung. Daß ferner Antoninus Pius die Muciana cautio ohne weiteres bereits bei allen condiciones non faciendi zugelassen hätte, wo es, wie wir gesehen (o. S. 125), erst einer Verordnung eines seiner Nachfolger bedurfte, um den aus einer allzustrengen Beschränkung ihrer Anwendung erwachsenen Mißständen mittelst einer velut-cautio abzuhelfen, ist geradezu ausgeschlossen. All das wird aber noch übertroffen durch die Behauptung, daß auch Julian diese Meinung gebilligt haben soll, derselbe Julian, der ohne Bedenken eine Entscheidung wie die in l. 106 D. de cond. et dem. (35, 1) gab. Daß das eine pure Unmöglichkeit ist, ergibt sich deutlich aus dem über Julian S. 124 ff. oben Ausgeführten.

c) Nun könnte man ja allerdings sagen, daß all diese Citate nur die von Ulpian angeführten Bedingungen, nicht aber sein Prinzip stützen sollten: das wäre aber eine sehr gekünstelte Auffassung der Stelle, wie sie vorliegt, und nur möglich, wenn wir Ulpian eine bedenkliche Unehrlichkeit zum Vorwurf machen wollten. Allein da sich eine solche bisher noch nirgends hat feststellen lassen[1]) und daher die Vermutung für seine Zuverlässigkeit spricht, da ferner die beiden ersten Sätze auch durch ihre äußere Gestalt einen verdächtigen Eindruck machen und da endlich eine Änderung

[1]) Selbst Pernice („Ulpian als Schriftsteller", Sitz. Ber. d. Berl. Akad. 1885), der nach seinen eigenen Worten darauf ausgeht (S. 484), gegen Ulpian Mißtrauen zu erwecken, bezichtigt ihn nicht der Unehrlichkeit.

seitens der Kompilatoren gemäß dem oben S. 128 sub c Gesagten hier sehr erklärlich wäre, so scheint uns die Annahme einer Interpolation sehr naheliegend. Wieweit dieselbe geht, darüber kann man ja zweifelhaft sein[1]), und es würde vielleicht genügen, nur den Anfang der Stelle von „Mucianae" bis „conceptae" auf das Konto der Kompilatoren zu setzen, wenngleich eine Umgestaltung wenigstens der Aufeinanderfolge der beiden Beispiele damit Hand in Hand gegangen sein wird, da es Ulpian nicht zuzutrauen ist, daß er so ungleichartige und zwei prinzipiell verschiedene Auffassungen verkörpernde Bedingungen geradezu ostentativ als gleich zu behandeln nebeneinander gestellt und obendrein durch „et in similibus" sachlich verknüpft hätte. Wie man aber auch über die Ausdehnung der Interpolation denken mag: der Satz, auf den es hier ankommt „quae in non faciendo sunt conceptae" rührt sicher nicht von Ulpian her.

Dafür übrigens, daß die Citate selbst, wenn auch in anderer Verbindung, an der ursprünglichen Ulpianstelle gestanden haben, spricht der Umstand, daß sie ganz vorzüglich passen, sobald man sie als Belege für die gar nicht so selbstverständliche Anwendbarkeit der (velut) Muciana cautio bei der Bedingung „si Stichum non manumiserit" ansehen will. Insofern werden wir sie in Betracht ziehen, wenn wir nunmehr zu den Stellen übergehen, welche scheinbar eine praktische Anwendung des neuen Prinzipes enthalten.

II. Das sind die folgenden:

1. die eben besprochene Ulp. l. 7 pr. D. de cond. et dem. (35, 1).
2. Javolenus l. 67 D. eod.
3. Ulpianus-Julianus l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28, 7).[2])

---

[1]) Insbesondere ist es fraglich, ob auch der Schlußsatz „nec solum . . . ." Verdacht erregt. Das nur an dieser Stelle vorkommende „remedium admittere" (vgl. Voc. Iurispr. Rom. s. v. „admittere" S. 235, wo übrigens zu „admittere bonorum possessionem" die l. 23 § 1. D. 28, 5 nachzutragen ist) und das von Justinian überaus häufig gebrauchte, unjuristische „remedium" könnten einen Anhalt gewähren (vgl. Kalb S. 75 f.), doch bedürfte „remedium" noch einer Untersuchung. Hier ist ein näheres Eingehen unnötig, da der Inhalt des Satzes einwandsfrei von l. 4 § 1 D. 28, 7 und l. 7 § 1 D. 35, 1 bestätigt wird. — [2]) Bei der Behandlung der l. 7 pr. im Folgenden wird das gewonnene Resultat,

Von diesen drei Stellen behandelt aber nur die erste, die wir wegen ihrer hoffnungslosen Zerrüttung kaum benutzen können, die Frage der Zulässigkeit der (velut?) Muciana cautio bei der betr. konkreten Bedingung ex professo. Die anderen beiden wollen andere Probleme lösen und erwähnen die cautio, die sie (vielleicht eben wegen ihrer nur mittelbaren Anwendbarkeit) auch nicht bei Namen nennen, als ein bei der proponierten Bedingung selbstverständlich gestattetes Hilfsmittel. Daher geben sie auch keine Begründung, kein Prinzip für die Zulassung derselben. Einen Weg zeigt uns aber die schon lange als höchst auffällig erkannte Übereinstimmung aller drei Bedingungen:

1. l. 7 pr.: si Stichum non manumiserit.

2. l. 67: si servum non manumiserit.

3. l. 4 § 1: si servum hereditarium non alienaverit.

Es wäre das somit der einzige Fall der Digesten, in dem die Muciana cautio über das Prinzip Julians-Papinians hinaus eine Anwendung gefunden hätte. Dafür nun, daß der Grund dieser Anwendung in irgend einer Eigentümlichkeit dieser Bedingung selbst und nicht in einem neuen Prinzip zu suchen ist, sprechen folgende Erwägungen:

a) Vor allem fällt die bloße Tatsache der Übereinstimmung außerordentlich schwer dafür ins Gewicht.

b) Die Stellen, die von einem neuen Prinzip sprechen, haben sich als interpoliert erwiesen.

c) Selbst Julian, der äußerste Verfechter des strengen Prinzipes, gewährt die cautio bei dieser Bedingung, wie wir wohl (s. o. S. 133) aus der ursprünglichen Ulpianstelle in l. 7 pr. entnehmen dürfen und wie aus l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28, 7) mit Sicherheit folgt. Indem in der letzteren lex Julian selbst redend eingeführt wird, ergibt sich sogar, daß auch er an der Zulässigkeit der cautio nicht im mindesten zweifelte.

d) Ebenso stimmt es vollkommen überein, wenn uns einerseits Ulpian in l. 7 pr. berichtet, daß Aristo und Neratius die cautio bei dieser Bedingung gestatteten und wenn wir

die Annahme der Interpolation im Anfange der lex verwertet, also auf diesen keine Rücksicht mehr genommen.

andererseits dieselbe Ansicht aus dem Munde ihres eigenen Zeitgenossen, Javolens, in l. 67 vernehmen.

Scheint uns somit erwiesen, daß die drei Stellen sämtlich nur scheinbar ein von dem klassischen abweichendes Prinzip zu grunde legen und ist es andererseits hoch wahrscheinlich, daß die Bedingung „si servum non manumiserit (alienaverit)“ selbst den Grund der abweichenden Behandlung bildet, so könnte diese Wahrscheinlichkeit erst zur vollen Gewißheit gesteigert werden, wenn zu entdecken wäre, worauf die Eigentümlichkeit dieser Bedingung beruhe. Das zu ergründen, sind viele unzureichende Versuche gemacht worden. Völlig unbefriedigend sind natürlich diejenigen Erklärungen, die von dem interpolierten Prinzip der l. 7 pr. ausgehen wie die von Arndts[1]), der dasselbe wenigstens bei Erbeseinsetzungen[2]) ohne weiteres annimmt, und auch die von Brinz[3]), der die Gleichstellung der beiden Bedingungen in der lex arglos auf das Konto Ulpians setzt und infolgedessen zu einem falschen Schluß kommt. Ebensowenig erhalten die Ansichten von Puchta[4]) und Sintenis[5]), daß die cautio bei allen Bedingungen gestellt werden müsse, deren Erfüllung „problematisch“ sei oder gegen „Pflicht und Gefühl“ verstoßen würde, eine Stütze in den Quellen. Mühlenbruch[6]) verzichtet ganz, und Ferrini[7]) leugnet gar, eine Abweichung vom Prinzip zu finden, da das „Stichum“ in l. 7 pr. nichts anderes bedeute als das „servum“ von l. 67 und l. 4 § 1, hier aber nur die Veräußerung irgend eines beliebigen Sklaven generell ausgeschlossen werden solle und das Genus nicht vor dem Bedachten aussterben könne. Vangerow[8]) meint, an sich ganz plausibel, daß von der cautio solche Fälle be-

---

[1]) In Weiskes Rechtslexikon III 932; richtig, aber ohne Prinzip, derselbe: Pandekten S. 1013. — [2]) Bei Vermächtnissen kann selbst er sich nicht entschließen, es zu befolgen. — [3]) Pandekten III 410 Anm. 29; richtig abgewiesen wird hier hingegen die beinahe komische Bemerkung v. Scheurls (Beiträge II 262): überall da, wo die Kaution geleistet werde, obgleich die Bedingung zu Lebzeiten des Honorierten eintreten könne, sei diese Leistung freiwillig erfolgt. — [4]) Pandekten 12. Aufl. (1877) S. 681; ebenso J. A. Seuffert III 171 Anm. 3; ähnlich Tewes, System des Erbrechts nach heutigem römischen Recht (1863) II 302. — [5]) III 415 Anm. 29 Spalte 2. — [6]) S. 263. — [7]) S. 373. — [8]) II 126 und ihm folgend Vering S. 15 f.

troffen würden, „in denen die dem Honorierten zur Pflicht gemachte Unterlassung so außer allem Verhältnis zu dem Hinterlassenen steht, daß man verständigerweise nicht annehmen kann, der Honorierte werde durch Vornahme eines factum contrarium das ihm Hinterlassene aufs Spiel setzen". Hier sei der vermutliche Wille des Erblassers unmöglich, daß die Erwerbung des Legats bis zur Todeszeit des Dritten aufgeschoben sein solle. — Diese Ansicht aber beruht auf einer ratio, die sich nirgends auch nur angedeutet findet und überdies mit dem Prinzip der cautio kaum verträglich wäre.[1]) — All diese Vermutungen sind sämtlich schon deshalb abzuweisen, weil sie die Besonderheit des Sklavenrechtes nicht beachten. Eine solche aber kann uns allein einen Aufschluß bringen. Hier hat das Richtige zuerst Mayer[2]) getroffen: er stützt die ausnahmsweise Zulässigkeit der cautio darauf, daß das Leben des Sklaven, wollte man dem Erben oder Legatar die cautio verweigern, im höchsten Grade gefährdet wäre. Aber freilich verallgemeinert er den Satz in unzulässiger Weise[3]), indem er die Rechtfertigung der cautio ohne Einschränkung auf „sittliche Rücksichten" gründet, die das Vermächtnis von dem Tode eines Dritten abhängig zu machen nicht dulden. Diesen Fehler vermeiden die sich an ihn anschließenden, kurzen Bemerkungen von Unger[4]) und Dernburg[5]); da sie aber eine nähere Begründung nicht geben, so sind sie gegen die Einwendungen der Gegner[6]) nicht gewappnet.

Der tiefere Grund der abweichenden Behandlung der Sklaven liegt in demselben Umstande, der auch die Zulässigkeit der cautio in den Fällen der l. 72 pr. u. § 1 durchsetzte. Der Grundgedanke ist der, daß es sich sowohl bei den Sklaven wie bei den Kindern, von denen sich die Mutter oder der Freigelassene nicht trennen soll, um Personen handelt, die sich selbst weder wehren noch schützen können. Daß diese ratio auch den Quellen zu grunde liegt, läßt sich

---

[1]) Vgl. Ferrini 372. — [2]) Die Lehre von den Legaten und Fideikommissen (1854) S. 227, 228 Anm. 2. — [3]) Ebenso Koeppen 382 und Anm. 2, Girard 803 f. Anm. 4. — [4]) Österreichisches allgemeines Privatrecht VI (1864) S. 79 f. — [5]) Pandekten III 157 Anm. 3. — [6]) Vangerow II 126; vgl. auch Brinz III 410 Anm. 29.



in bezug auf die Kinder schlüssig beweisen, woraus der Beweis für die Sklaven von selbst folgt.

a) In bezug auf die Kinder geht die ratio aus Folgendem hervor:

α) Die nur ganz ausnahmsweise gewährte (s. o. S. 125) velut Muciana cautio kommt beide Male (sowohl im pr. wie im § 1 der l. 72) solchen Kindern zu gute, welche darauf angewiesen sind, daß sie unter der Obhut eines Erwachsenen stehen, will doch gerade durch die beigefügte Bedingung „si a liberis non discesserit" der Erblasser diese Obhut sicherstellen. Die Bedingung wird aber natürlich illusorisch, sobald die Kinder ihrerseits ihren Behüter verlassen können, sobald sie dessen Schutzes nicht mehr bedürfen. Mit diesem Zeitpunkt wird daher ein Entgegenhandeln unmöglich, die Bedingung ist also erfüllt. Nur solange aber, als die Bedingung noch nicht auf diese natürliche Weise erfüllt ist, kann von einer sie vorher erfüllenden cautio die Rede sein. Daher ist diese cautio in ihrer Anwendbarkeit nicht durch Zufall, sondern ihrem Wesen nach auf die Fälle beschränkt, wo es jugendliche Personen zu schützen gilt.

β) Aber auch positive Rechtsvorschriften erweisen, daß, sobald die Jugendlichkeit wegfällt, sobald es sich um eigenen Schutzes fähige Personen handelt, eine velut-cautio schlechterdings versagt wird, mag auch die Nichtgewährung im konkreten Falle an sich nicht unbedenklich scheinen. Hier heißt es nicht, daß das kostbare Leben eines Titius (l. 106 D. 35, 1), eines Fiduciars (l. 72 § 2 eod.), eines Ehemanns (l. 101 § 3 D. eod.), lauter freier Bürger, umsomehr zu schirmen sei: sonst müßte folgerecht schließlich jeder Gläubiger gegen Gefahren, die ihm von seinem Schuldner drohen, durch gesetzliche Maßnahmen geschützt werden. Vielmehr wird nur der Umstand in Betracht gezogen, daß ein Titius jeden Feind selbsttätig von sich abwehren kann, sobald er nur will.

γ) Diese ratio ist aber keineswegs eine absonderliche, die sich auf den Fall der Muciana cautio beschränkte, sondern sie stellt sich als ein im ganzen römischen Erbrecht höchst ausschlaggebender Faktor dar. Worauf anders

beruht z. B. der Unterschied in der Form der Einsetzung von Vulgar- und von Pupillarsubstituten, den Gaius[1]) bewußt und prinzipiell so scharf betont? Während es „in usu est vulgarem quidem substitutionem palam facere", „quo casu nullum substituti maleficium suspicari possumus", „illam (scil. pupillarem) substitutionem separatim in inferioribus tabulis scribimus, easque tabulas proprio lino propriaque cera consignamus, et in prioribus tabulis cavemus, ne inferiores tabulae vivo filio et adhuc impubere aperiantur": und diese peinliche Geheimhaltung ausdrücklich zu dem Zwecke: „ne post obitum parentis periculo insidiarum subiectus videatur pupillus": also genau das „periculosum ac triste" Papinians in l. 72 § 1. — Auch das Reskript der Kaiser Marc Aurel und L. Verus (vgl. l. 1 pr. D. de inspic. ventr. (25,4)), das die strenge Untersuchung und Bewachung der schwangeren, geschiedenen Frau anordnet, hat nur die Absicht, einer Abtreibung bezw. späteren Tötung des künftigen bezw. geborenen Erben des früheren Gatten vorzubeugen.

b) Ist aber der Grund, warum dem jugendlichen Freien durch die velut Muciana cautio ein indirekter Schutz gewährt wird, allein in seiner Wehrlosigkeit gelegen, um wieviel mehr muß der Sklave geschützt werden, der einer Mordgefahr in ungleich höherem Grade ausgesetzt ist. Hier ist nicht die ruhige Sicherheit der normale Zustand, sondern die völlige, schutzlose Unterworfenheit unter den Herrn. Um hier eine Milderung zu schaffen, sind daher Rechtsnormen unumgänglich, und so machte sich auch in Rom das Bedürfnis nach gesetzlicher Regelung des Sklavenverhältnisses früher geltend, als man zu gunsten der Jugendlichen einschritt. An allgemeiner Bedeutung steht allem voran die bekannte Verordnung des Antoninus Pius, welche den Herrn für die Tötung des eigenen Sklaven in gleicher Weise verantwortlich macht wie für die Tötung eines fremden[2]) und den grausamen Herrn zum Verkauf seiner Sklaven zwingt (Gai. I 53; l. 1 § 2, l. 2 D. de his qui sui vel al. (1, 6); § 2

---

[1]) II 181. — [2]) d. h. wegen Mordes: Mommsen, Römisches Strafrecht S. 616.

J. 1, 8). Aber derselbe Kaiser ging auch gegen die besonderen Gefahren im Gebiet der bedingten letztwilligen Verfügung vor: hier enthielt eine Bedingung wie die: „si servum non manumiserit“ unter Umständen nicht eine bloße Gefährdung des Sklaven, sondern geradezu eine Anstiftung, ihn zum Tode zu befördern: denn welcher dominus sollte zaudern, einen Sklaven, dessen Leben allein dem Erwerb einer großen Erbschaft im Wege steht, so schnell wie möglich zu beseitigen: ist der Sklave 10 000 wert, die Erbschaft 100 000, so hat er doch einen reinen Gewinn von 90 000. Wollte man also dem Sklavenmord steuern, so mußte an diesem wundesten Punkt ganz besonders eingesetzt werden. Hier freilich brauchte der Kaiser den bereits gewonnenen Abschluß der Entwickelung nur noch zu sanktionieren. Das geht aus den Citaten Ulpians in l. 7 pr. D. 35, 1, die wir nach dem o. S. 133 Gesagten hier verwerten dürfen, ganz klar hervor: bereits zur Zeit Trajans scheint die Zulässigkeit dieser velut Muciana cautio herrschende Meinung gewesen zu sein: Aristo, Neratius und Javolenus (vgl. l. 67 D. eod.), also hervorragende Juristen jener Zeit, vertraten sie. — Damit wäre an sich schon die auffallende Erscheinung erklärt, daß in allen drei Stellen kein Wort der Begründung für die Gewährung der cautio erwähnt wird. Vielleicht spielte dabei auch politische Klugheit mit: selbst ein Antoninus Pius faßt die Sklavenbesitzer, die er in ihren Rechten beeinträchtigen will, so überaus zart an [1]), um es nicht mit ihnen zu verderben: wie sollte da nicht in gefährlicherer Zeit ein einfacher Jurist, wenn er schon reformatorische Neigungen hatte und aussprach, es weislich vermeiden, dieselben auch noch zu begründen, konnte man doch ohnehin die Begründung zwischen den Zeilen lesen. Schließlich aber ist zu wiederholen, daß von den drei Stellen zwei die Frage der Zulässigkeit der cautio selbst ja nur ganz nebenbei und implicite entscheiden, die dritte aber (l. 7 pr.) uns keinerlei Gewähr bieten kann, ob nicht, wie so vieles andere, auch gerade jene Begründung von den Kompilatoren gestrichen worden ist.

---

[1]) Vgl. l. 2 D. de his qui sui vel al. (1, 6); § 2 J. 1, 8.

Somit scheint erwiesen zu sein, daß die Gewährung der velut Muciana cautio auch in den Sklavenstellen auf besonderen Gründen, nicht aber auf einem neuen Prinzip der Voraussetzungen der cautio beruht. Das Prinzip bleibt während der ganzen klassischen Zeit dasselbe: nur bei solchen Bedingungen ist eine cautio möglich, „quae nisi fine vitae expleri non possent."

Worin mag aber der Grund liegen, aus dem sich die Kompilatoren gedrungen fühlten, das klassische Prinzip zu verlassen? Er ergibt sich wohl ohne weiteres aus den Billigkeitsrücksichten, von denen sie sich so oft leiten ließen. In unserer Frage kann man diesem Streben seine Zustimmung auch kaum versagen. Freilich, juristisch durchdacht haben sie ihr neues Prinzip natürlich nicht: sonst hätten sie es nicht derartig oberflächlich formulieren können. Denn wollte man wirklich seinem Wortlaute folgen und die Muciana cautio bei einer jeden, wenngleich in der nächsten Zeit bestimmt sich entscheidenden „condicio non faciendi" gewähren, so wäre das Ergebnis völlig unsinnig. — Aber die innere Tendenz des Prinzipes, die darauf hindrängt, bei solchen Bedingungen ganz allgemein zu helfen, welche das Unterlassen einer Handlung während eines Zeitraumes von unbestimmter Dauer zum Gegenstand haben, ist so berechtigt und uns insbesondere so einleuchtend, daß unser BGB. im § 2075 sich nunmehr mit der aus dem Gesagten sich ergebenden Einschränkung der Ansicht der Kompilatoren angeschlossen hat: das Mittel allerdings, mit dem es hilft, ist ein anderes geworden, und von einer cautio weiß es nichts mehr. — Bezeichnend dagegen ist, daß die Ansicht der Kompilatoren für das gemeine Recht nur ganz vereinzelt (s. o. S. 135 Anm. 1) Anklang gefunden hat: die präzisen Beispiele der echten Stellen wirkten eben doch mehr als die in ihrer Allgemeinheit übertriebenen Aussprüche der interpolierten.

C. Die Aktivlegitimation zur Muciana cautio.

Die Aktivlegitimation der Miterben ist zweifellos (l. 4 § 1 D. cit.; l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1)); um so bestrittener ist die Frage, ob die Intestaterben und die Sub-

stituten die Kaution verlangen können. Auf die erstere Frage finden wir in den Quellen keine unmittelbare, auf die letztere überhaupt keine Antwort. Daher werden wir nachzuweisen haben:

I. Negativ: daß die Quellen des klassischen Rechtes nirgends auf die Gewährung der Muciana cautio zu Gunsten der Intestaterben schließen lassen.

II. Positiv: daß aus den Quellen vielmehr viele triftige Argumente den Mangel der Aktivlegitimation ergeben.

III. daß die ratio des klassischen Rechtes das unter II gewonnene Resultat bestätigt, dagegen den Substituten die Aktivlegitimation zuerkennt.

Von der Muciana cautio bei der Erbeseinsetzung handeln in den Digesten nur drei Stellen, die uns alle bereits begegnet sind:

1. die sog. Gai. l. 18 D. de cond. et dem. (35, 1).
2. l. 4 § 1 D. de cond. inst. (28, 7).
3. l. 7 pr., § 1 D. de cond. et dem. (35, 1).

Naturgemäß muß daher eine jede Stellungnahme zu dieser Frage sich auf eine dieser leges stützen.

I.

Anerkanntermaßen im Mittelpunkte aller der Erörterungen, welche für die Aktivlegitimation der Intestaterben eintreten[1]), steht die l. 18, welche ja auch tatsächlich (sogar — ein neuer Verdachtsgrund — mit einem „scilicet“ versehen) allgemein die Kautionsleistung an den „gebietet“, „ad quem iure civili deficiente condicione . . . eave hereditas pertinere potest“. Nachdem nun aber diese Stelle als interpoliert erwiesen ist, entfällt von selbst das Hauptargument, und uns will es von vornherein scheinen, als ob unter diesen Umständen die ganze Ansicht für das klassische Recht nirgends Vertretung gefunden hätte. Denn daß Justinian den Intestaterben allerdings die cautio gewährte, ist in

[1]) Vor allem Arndts, Civilistische Schriften II 154 ff.; Mühlenbruch 195 ff., Sintenis III 417 Anm. 29, Spalte 2; Puchta, Vorlesungen II 375 f.; Windscheid III 259 Anm. 8; E. A. Seuffert in J. A. Seufferts Pandekten III 171 Anm. 2a; Ferrini 373 f.; Koeppen 380 Anm. 10.



Nov. 22 cap. 44 § 9 ausdrücklich ausgesprochen[1]): das dritte Moment, in dem die l. 18 ihre völlige Übereinstimmung mit den Rechtsanschauungen der Kompilatoren offenbart.

Hiernach bedarf es nur noch eines kurzen Eingehens auf zwei weitere von den Vertretern dieser Ansicht angeführte Stellen, die sie aber selbst nur teilweise und zaghaft für sich in Anspruch nehmen:

1. den Schlußsatz von Ulp. l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1).

Über diese lex haben wir unter II S. 144 ff. genauer zu sprechen.

2. Maecian. l. 67 § 1 D. ad SC. Trebell. (36, 1).

Diese lex wird, soweit wir sehen, nur von Arndts[2]) herangezogen und ist auch in keiner Hinsicht geeignet, in unserer Frage irgend welches Licht zu verbreiten: sie läßt sich nicht nur, wie Arndts selbst zugibt, „nicht als direkter Beweis“ für seine Ansicht verwerten, sondern auch nicht indirekt. Die kritische Stelle „his, quorum interest“ kann sich nämlich nur dann auf die Intestaterben beziehen, wenn solche mit dem Fideikommiß beschwert sind, d. h. wenn ein Testamentserbe nicht vorhanden ist, nicht dagegen, wenn ein solcher die Erbschaft zu restituieren hat. Hat dieser die Erbschaft für „suspecta“ erklärt und daher erst zwangsweise angetreten, so wird er allerdings „nullum commodum ex testamento consequi, quod habiturus non esset, si heres institutus non fuisset aut non adisset“ (l. 28 § 2 D. ad SC. Treb. (36, 1); vgl. l. 4 eod.), aber er soll auch „nec vereri oportere, ne forte in damno moretur“ (l. 11 § 2 D. eod.).[3]) Ist nun aber der Fideikommissar nur unter einer Bedingung bedacht, so muß dem Testamentserben in erster Linie daran gelegen sein, daß jener die Bedingung erfüllt: denn er hat doch die Erbschaft angetreten, ist also augenblicklich Erbe[4]);

[1]) Daß diese Entscheidung keine Ausnahmebestimmung für den konkreten Fall ist (so Arndts II 154, Vangerow II 131; Vering, Comm. 33; derselbe, Erbrecht (1861) 332 Anm. 4), sondern eine allgemeine Weiterentwickelung darstellt, betonen wohl mit Recht Dernburg, Pfandrecht I 400, Sintenis III 417 Anm. 29, Spalte 2. — [2]) II 165 f. — [3]) So auch Gai. Inst. II 258. — [4]) So ausdrücklich Gai. II 251; falsch und unbezeugt Arndts 165: „für ihn selbst soll es so gut sein, als hätte er die Erbschaft abgelehnt.“

mit dem Ausfall der Bedingung aber entfällt gleichzeitig die Möglichkeit, die Erbschaft zu restituieren[1]), sodaß er sie wider Willen endgiltig behielte. Freilich kann er dann in integrum restitutio beim Prätor dahin beantragen, daß sein Antritt wieder rückgängig gemacht werde[2]): in diesem Falle aber können die Intestaterben von ihm, nicht vom Fideikommissar, mit dem sie in keinerlei Beziehungen stehen, die Herausgabe der Erbschaft verlangen. Liegt daher eine Bedingung vor, die durch die Stellung einer Muciana cautio erfüllt werden kann, so ist (abgesehen etwa von Fällen, wo Substituten des Fideikommissars vorhanden sind) der Testamentserbe der einzige, „cuius interest", daß die cautio gestellt werde: folglich ist sie nach l. 67 § 1 D. eod. ihm allein, unter keinen Umständen aber den Intestaterben zu leisten.

II.

Nunmehr haben wir zu den Argumenten überzugehen, welche positiv den Mangel der Aktivlegitimation der Intestaterben erweisen sollen.

Hier liefern uns willkommenerweise beide Digestenstellen Beweis, welche nach Ausmerzung der interpolierten l. 18 von der Muciana cautio bei Erbeinsetzung handeln:

1. Ulp.-Jul. l. 4 § 1 D. 28, 7 und
2. Ulp. l. 7 § 1 D. 35, 1.

1. Ulpianus libro octavo ad Sabinum l. 4 § 1: „Idem Iulianus scribit eum, qui ita heres institutus est, si servum hereditarium non alienaverit, caventem coheredi implere condicionem: ceterum si solus heres scriptus sit, sub impossibili condicione heredem institutum videri: quae sententia vera est."

Diese Stelle wird einem unbefangenen Blick sofort die richtige Antwort geben; sie hat daher auch noch jedes Versuches gespottet, sie der gegenteiligen Ansicht anzupassen.[3])

[1]) So Dernburg, Pandekten III 238. — [2]) l. 21 § 5 D. quod met. caus. (4, 2); l. 85 D. de adqu. vel om. her. (29, 2). — [3]) Neuerdings freilich macht Koeppen 380 Anm. 10 die l. 4 § 1 im Nu unschädlich, indem er aus dem Satze „si solus heres scriptus sit" die Nichtexistenz von Intestaterben folgert (eine Wiedererweckung der Ansicht von Bartolus [vgl. Vangerow II 129.]).

Die zahlreichen älteren Versuche, die sich bei Vangerow [1]) angeführt und widerlegt finden, wollen wir hier nicht wiedergeben.[2]) Hervorzuheben ist nur in aller Kürze die Meinung Fabers [3]), weil sie heute noch unter namhaften Juristen Anklang findet.[4]) Er erklärt die condicio für impossibilis wegen ihrer „praepostera natura“, indem der Erbe vor dem Erbschaftserwerb die Bedingung erfüllen müsse und doch nicht könne, da er vorher kein Verfügungsrecht über den Sklaven habe. Mit zwei schlagenden Gründen aber weist Vangerow diese Konstruktion zurück: einmal ist es gerade im Fall der Muciana cautio wohl möglich, die Bedingung zu einer Zeit zu erfüllen, wo ein Entgegenhandeln noch ausgeschlossen ist: bei der Bedingung „si servum non manumiserit“ würde die cautio auch etwa dann sofort zu leisten sein, wenn der betreffende servus noch einem Dritten gehörte, der ihn dem Eingesetzten erst nach zwei Wochen verkaufen und übergeben würde. Ferner aber wäre mit dieser Erklärung die Entscheidung bei Vorhandensein von Miterben im vollen Widerspruch, da nicht einzusehen ist, warum eine an sich widersinnige Bedingung in diesem Fall plötzlich einen Sinn erhalten sollte. Eine Lösung dieses Widerspruches ist unmöglich, und soll sie unter allen Umständen versucht werden, so muß sie so künstlich und unjuristisch ausfallen wie die von Arndts.[5]) — Zudem ist es kein Zufall, daß alle drei in Betracht kommenden Stellen, sowohl die beiden genannten wie die noch zu erwähnende l. 20 pr. D. de cond. inst. (28, 7) auf den Gegensatz von heres ex asse und heres ex parte zugeschnitten sind, den sie durch „sed si“, „quod si“, „ceterum si“ deutlich betonen. Ein Auskunftsmittel, das dieses Gegensatzes nicht achtet, ist daher unter allen Umständen von vornherein zu verwerfen.

2. Um so mehr Spielraum bot den Verfechtern der Aktivlegitimation [6]) die l. 7 § 1 D. de cond. et dem. (35, 1):

---

[1]) II 129. — [2]) Das Muster einer Interpretation, wie sie nicht sein soll, bietet Sintenis III 418 Anm. 29, Spalte 2. — [3]) Citiert und widerlegt bei Vangerow II 129 f. — [4]) Arndts II 161 f., Mühlenbruch 204 f. und wohl auch Windscheid III 259 Anm. 8. — [5]) II 162. — [6]) Vgl. S. 143 Anm. 3, und oben Anm. 2 u. 4.

„Unde si uxor maritum, cui dotem promiserat, ita heredem scripserit ex parte: „si dotem, quam ei promisi, neque petierit neque exegerit", denuntiare eum posse coheredi paratum se accepto facere dotem vel cavere et ita adire posse hereditatem. sed si ex asse sit institutus maritus sub ea condicione, quoniam non est cui caveat, non impediri eum, quo minus adeat hereditatem: nam iure ipso videtur impleta condicio eo, quod non est, quem possit de dote convenire ipse adeundo hereditatem."

Hier behaupten jene einhellig, daß die Entscheidung im Fall der zweiten Alternative durch die Besonderheit des angeführten Beispiels bedingt sei und infolgedessen gar keinen Schluß auf irgend welche Eigentümlichkeiten der Muciana cautio zulasse: das folge nämlich schon aus dem Tatbestande selbst, werde aber ganz unzweideutig durch die Schlußbegründung „nam iure ipso . . ." dargetan. Die Beweiskraft dieses Schlußsatzes wird nun aber erheblich geschmälert durch die erste der Entscheidung beigefügte Begründung: „quoniam non est cui caveat", indem man nicht gut dem einen Grunde, etwa weil er am Schluß steht oder länger ist, einen Vorzug einräumen kann. Es gibt daher nur zwei Wege: entweder verzichtet man darauf, diese Stelle überhaupt für oder gegen die Aktivlegitimation zu benutzen, indem man Ulpian einen solchen Mangel an Logik vorwirft, daß er zwei sich ausschließende Begründungen durch ein „nam" verbunden neben einander setzen konnte. Oder aber man erweist, daß nur eine Begründung von Ulpian selbst herrührt. Sind wir hier vor eine Wahl gestellt, so hat die erste Begründung die starke Vermutung der Echtheit für sich, um so weniger die zweite. Dafür sprechen die folgenden Gründe:

a) Es ist allgemein zugegeben, daß Ulpian sich in Tatbestand und Entscheidung ganz genau an Labeo (l. 20 pr. D. de cond. inst. (28, 7)) gehalten hat, abgesehen davon, daß Labeo die Muciana cautio bei Erbeseinsetzungen noch nicht kannte. Wie begründet nun dieser seine Entscheidung? „quod si solus heres institutus esset in tali condicione, nihilo minus puto statim eum heredem futurum, quia *ἀδύνατος* condicio pro non scripta accipienda est." Mit diesem „*ἀδύνατος*" stimmt Ulpian-Julian in l. 4 § 1 vollständig überein, indem

er die condicio für „impossibilis“ erklärt; in der l. 7 § 1 aber kann Ulpian das „*ἀδύνατος*“ nur durch den Satz „quoniam non est, cui caveat“, nicht aber durch den Schlußsatz „nam iure ipso ...“ ausgedrückt haben; denn sobald er den Entscheidungsgrund in die Konfusion und nicht in den Mangel eines Aktivlegitimierten legt, ist die Bedingung nicht nur nicht *ἀδύνατος*, sondern deren volles Gegenteil: eine geradezu notwendig zu erfüllende Bedingung („plane contraria impossibili et, si sic vocare licet, necessaria“)[1]), da ja eine unmögliche Bedingung nur eine solche sein kann, „deren Erfüllung nach positivem Rechte nicht stattfinden kann“.[2]) Will er dagegen die Entscheidung aus der Muzianischen Kaution herleiten, dann paßt das „*ἀδύνατος*“ — „impossibilis“ vorzüglich und allein; es ergibt sich nämlich folgendes Schema:

<table>
<tr><td>l. 20 pr. D. 28,7 u. l. 7 § 1 D. 35,1:</td><td></td><td>l. 4 § 1 D. 28, 7.</td></tr>
<tr><td>fordern</td><td>= nicht erfüllen =</td><td>veräußern.</td></tr>
<tr><td>nie fordern
= acceptoferieren
= kavieren</td><td>= erfüllen =</td><td>nie veräußern
= kavieren.</td></tr>
<tr><td>nicht acceptoferieren
(bezw. kavieren) können</td><td>= nicht erfüllen können =</td><td>nicht kavieren
können.[3])</td></tr>
</table>

b) Mit der hier zu grunde gelegten Voraussetzung aber, daß Ulpian wirklich ein bloßes Referat aus Labeo beabsichtigte, stimmen auch zwei Auffälligkeiten vortrefflich überein, welche sonst nicht recht verständlich wären:

α) der Tatbestand wird ohne ein regierendes Verbum in indirekter Rede gegeben und schwebt somit ganz in der Luft: dieses Moment weist bekanntlich deutlich auf eine Interpolation hin[4]), erklärt wird es aber erst durch die Beobachtung, daß an der Spitze etwa ein „Labeo dicit“[5]) zu ergänzen wäre; das und überhaupt die An-

---

[1]) Donelli comm. de iure civili lib. 8 cap. 33 § 21 (opera II 1076). — [2]) So unverkennbar deutlich l. 7 D. de verb. obl. (45, 1); dagegen Arndts (Ges. civil. Schr. I 31 f. und II 156), der sich unbegreiflicherweise auf l. 51 § 1 D. de hered. inst. (28, 5) stützt; ferner derselbe in Weiskes Rechtslexikon III 934 Anm. 159; Mühlenbruch S. 200; Windscheid III 259 Anm. 8. — [3]) Vgl. dazu auch Vangerow II 131. — [4]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten S. 30 f. — [5]) oder die Angabe einer andern Quelle, aus der Ulpian den Labeo geschöpft hat,

nahme einer genaueren Überleitung von der zuletzt behandelten velut cautio auf die eigentliche cautio ist um so naheliegender, als das flüchtige „unde“ in keiner Weise befriedigen kann.

β) Gerade die Sätze, in denen die beiden Begründungen enthalten sind, machen eine Ausnahme: sie stehen im Indikativ: nun läßt sich der Indikativ im Satze „quoniam non est cui caveat“ sehr gut als von Ulpian selbst geschrieben dadurch erklären, daß Ulpian seinen Lesern das fremd gewordene, weil durch „impossibilis“ ersetzte griechische Wort Labeos gleich lateinisch erläutern wollte und er daher diese Erklärung als eigenen Zusatz in direkter Rede wiedergab. — Die zweite Begründung dagegen so zu erklären, fehlt nach dem zu a Gesagten jede Möglichkeit.

c) Schließlich wäre noch ein Umstand zu erwägen, der gleichzeitig geeignet ist, die Behauptung von der Unmaßgeblichkeit unserer Stelle für die Muciana cautio ganz allgemein zu widerlegen. Ulpian bespricht nämlich hier nicht die Konfusion noch behandelt er die Muciana cautio nur gelegentlich, vielmehr redet er ex professo von ihr. Darauf deutet die Inskription hin, wenn man sie nach Lenels Vorschlag[1]) in „libro octavo ad Sabinum“ verbessert, was man unbedenklich tun kann: dann steht die lex in demselben Buch wie die besprochene l. 4 § 1, in dem Buch, das „de testamentis“ überschrieben ist.[2]) Vor allem aber wird es durch den Zusammenhang mit dem pr. zweifellos. Den vorgeführten Fall kann also Ulpian nur als Beispiel für die Anwendbarkeit der Muciana cautio haben benutzen wollen. Und da soll er am Schluß plötzlich den Faden verloren und einen Entscheidungsgrund angefügt haben, der zu jedem anderen Falle, in dem von einer Muciana cautio gar keine Rede wäre, ebenso passen würde?

---

da er ihn nach Pernice (Ulp. als Schr. 474 ff.) wenigstens bei der Abfassung der libri ad edictum in der Regel nicht unmittelbar benutzt haben soll.

[1]) Palingenesia II 1037 Anm. 2 bezw. 1076 Anm. 1. — [2]) Lenel, Paling. II 1037.

d) Zu alledem kommt, daß die letzte Begründung mit der erwähnten Nov. 22 cap. 44 § 9 Justinians übereinstimmt, während die erste Begründung der Auffassung des Kaisers direkt widerspricht.

Wir glauben daher, die Interpolation des Satzes „nam iure ipso . . . .“ vertreten zu können; mindestens aber haben die Verfechter der Aktivlegitimation kein Recht, sich auf l. 7 § 1 zu berufen, und so liefert die unzweideutige l. 4 § 1 unangefochtenen Beweis. Diese aber ergibt, daß der Grund, warum die condicio „si servum hereditarium non alienaverit“ etc. impossibilis sein und daher pro non adiecta gehalten werden soll, nur darin liegen kann, daß nemo est, cui caveatur, daß also die Intestaterben nicht berechtigt sind, die Bestellung der Muciana cautio zu verlangen.[1]) Andererseits können Argumente gegen dieses Ergebnis nur aus der interpolierten l. 18 D. de cond. et dem. (35, 1) und dem neutralisierten, wenn nicht gleichfalls interpolierten Schlußsatz der l. 7 § 1 D. eod. erbracht werden.

III.

Dieses Resultat ist aber auch das einzige, das sich mit der ratio des klassischen Rechtes vereinigen läßt. Hierfür darf man sich nun freilich nicht wie Vering[2]) und Vangerow[3]) darauf berufen, daß nach allen Quellen von der Zeit der 12 Tafeln (Ulpian. l. 1 pr. D. si tab. test. null. extab. (38, 6)) über die klassische Zeit (Gai. Inst. III 11 und 13; Ulpian. l. 39 D. de acq. vel om. her. (29, 2); Paulus l. 89 D. de reg. iur. (50, 17)) bis zu Diokletian und Maximinian (l. 8 C. comm. de succ. (6, 59)) die bloße Möglichkeit, ein Eingesetzter könne Erbe werden, jeden Anspruch von seiten der Intestaterben ausschließt. Würde das den Ausschlag geben, so dürften auch die Substituten sowohl wie die bedingt eingesetzten Miterben (und das sind alle Miterben bezüglich des Anwachsungsrechtes) keine Kaution fordern, da auch ihre Berechtigung erst mit dem Eintritt der Bedingung entsteht (l. 3, l. 69 D. de acq. vel om. her. (29, 2); l. 60 § 6

[1]) Ob eine den Kompilatoren unbequeme Begründung des „impossibilis“ namentlich in der l. 4 § 1 D. 28, 7 von ihnen gestrichen worden, läßt sich nicht mehr ermitteln. — [2]) Comm. 20 ff. — [3]) II 128.

D. de hered. inst. (28, 5)). Nichtsdestoweniger ist die Aktivlegitimation der Miterben durch die Quellen (s. o. S. 140), der Substituten aber durch die ratio außer Zweifel gestellt[1]), da diese, wie Arndts[2]) richtig hervorgehoben, den Miterben vorgehen, das Anwachsungsrecht derselben ausschließen und somit einen noch näheren Anspruch auf die Muzianische Kaution haben als jene.

Hingegen ergibt sich die Berechtigung der Substituten gegenüber der Nichtberechtigung der Intestaterben aus folgenden beiden Gesichtspunkten[3]):

---

[1]) Dagegen ohne Anführung eines Grundes von den Neueren nur Windscheid III 259 Anm. 8. — [2]) 163 f. — [3]) Ob auch drittens aus den praktischen Bedenken, die sich gegen eine Kavierung gegenüber den Intestaterben geltend gemacht hätten? Unverkennbar wären solche Bedenken in starkem Maße vorhanden: man denke nur daran, daß es notwendig gewesen wäre, Nachforschungen bis zum entferntesten Intestaterben anzustellen und zu warten, ob nicht irgendwo ein conceptus des Erblassers oder eines Intestaterben das Licht der Welt erblicken würde: und obendrein, hätten denn selbst diese Vorsichtsmaßregeln zu ganz sicheren Ergebnissen geführt? Dennoch haben wir Zeugnisse dafür, daß die Römer sich in anderen Fällen, wo gleichfalls den Intestaterben kaviert werden sollte, durch ein radikales Auskunftsmittel zu helfen wußten: durch die Stellung der cautio an einen servus publicus: so kavierte der pater arrogans des Pupillen (l. 40 D. de vulg. et pup. subst. (28, 6), l. 18, l. 19 D. de adopt. (1, 7)), so der Substitut, wenn der Institut ein furiosus war (l. 1 de bon. poss. fur. (37, 3)). Dies auf den Fall der Muciana cautio zu übertragen, wie es Arndts II 164 auch bereits zum Ausbau seiner Ansicht getan hat, wäre ganz unbedenklich. Denn nichts deutet darauf hin, daß es sich in jenen beiden Fällen um singuläre Einrichtungen handelte, und andererseits scheint der dritte und letzte uns bekannte, konkrete Anwendungsfall der cautio gegenüber einem servus publicus auf das bewußte Prinzip hinzudeuten: wie Ulpian an zwei ganz verschiedenen Stellen seines Ediktskommentares (im 36. [l. 1 § 15 D. de mag. conv. (27, 8)] und im 79. Buche [l. 2 D. rem pup. salv. fore (46, 6)]) erwähnt, hat der Tutor die cautio rem salvam fore dem Pupillen selbst zu leisten, „si fari potest et in praesentiarum est", dagegen tritt der servus publicus ein, „si pupillus absens sit vel fari non possit" (vorausgesetzt noch, daß sich ein servus pupilli nicht beschaffen läßt). Aus diesem Prinzip würde sich die Anwendung des servus publicus auch in unserem Falle ganz von selbst ergeben, und das praktische Bedenken gegen die Aktivlegitimation der Intestaterben wäre noch schlagender beseitigt als durch bloßen Analogieschluß; vgl. Keller, Röm. Civilpr. 6. Ausgabe S. 388.

1. Die Substituten sind ausdrücklich im Testamente genannt; ihre bedingte Berufung liegt im ausgesprochenen Willen des Testators[1]), also wohl auch ihre unbedingte Sicherung, „cum in condicionibus testamentorum voluntatem potius quam verba considerari oporteat (Pap. l. 101 pr. D. de cond. et dem. (35, 1); vgl. Ulp. l. 19 pr. D. eod.). — Dagegen ist das Recht der Intestaterben dem testierenden Erblasser mindestens gleichgiltig: das versteht sich schon von selbst; um so erklärlicher erscheint es im römischen Erbrecht, welches in seiner klassischen Zeit wie kein anderes den Willen des Testators sanktionierte und der testamentarischen Beerbung sein bei weitem überwiegendes Interesse zuwandte.[2])

2. Wir finden für unser Ergebnis eine Analogie in der Behandlung der Intestaterben und der Substituten gegenüber der Kaution, die der unter einer Bedingung Eingesetzte zu leisten hat, wenn er die bonorum possessio secundum tabulas erhalten will: hier wird nämlich nur den Substituten das Recht gewährt, die cautio pro praede litis et vindiciarum[3]) zu verlangen (Ulp. l. 12 D. qui satisd. cog. (2, 8), Paul. sent. V 9, 1, Paul. ad Pap. l. 8 pr. D. de stip. praet. (46, 5)), während bei einer gewöhnlichen Einsetzung ex asse die bonorum possessio erteilt wird, ohne daß Kaution geleistet zu werden brauchte: unzweifelhaft zu schließen vor allem aus der Nichterwähnung einer cautio und dem „aequum est" in Ulp. l. 1 § 7 D. ad SC. Tertull. et Orph. (38, 17)[4]) und aus Ulp. l. 6 D. de bon. poss. sec. tab. (37, 11), ferner aus l. 2 § 1, l. 5 pr., l. 10, l. 12 i. f. D. eod., l. 3 § 13 D. de bon. poss. contr. tab. (37, 4)[5]), nicht dagegen aus Pomp.

[1]) Vgl. auch Vangerow II 128. — [2]) Brauchte es doch z. B. beinahe ein Jahrhundert, ehe es die jedem Testamentserben gewährte falcidische Quart auch dem Intestaterben zu gute kommen ließ (vgl. einerseits Gai. II 254 = § 5 J. de fid. hered. (2, 23), andererseits l. 18 pr. D. ad leg. Falc. (35, 2)), obwohl die Interessen der Fideikommissare, denen natürlich der Intestaterbe auch jetzt diese Begünstigung allein verdankte, hier ganz ebenso dringlich und schwerwiegend erscheinen mußten, wie wenn ein Testamentserbe mit Fideikommissen beschwert war. — [3]) Lenel, Ed. perp. 412. — [4]) Arndts, Pand. 921 Anm. i folgert aus dieser Stelle unverständlicherweise allerdings das Gegenteil. — [5]) Anders ohne Grund Windscheid III 258 Anm. 5, Koeppen 377 f.;

l. 23 pr. D. de her. inst. (28, 5), welche aus der Erörterung über bedingte Erbeinsetzung auszuscheiden hat[1]), da sie lediglich von einem dies, nicht von einer condicio spricht.[2]) Freilich bleibt hier den Intestaterben, wenn die Bedingung ausfällt, die hereditatis petitio.

unter irrtümlicher Berufung auf oben angeführte Stellen Vangerow II 126 f., Dernburg III 155, Brinz III 197, Arndts, Pand. 921.

[1]) In diese Erörterung ist sie, soweit wir sehen, fast allgemein hineinbezogen worden, so von Vangerow II 126, Brinz III 197 Anm. 47, Windscheid III 257 Anm. 3, Dernburg III 155 Anm. 6, von Lenel (Paling. II 88) sogar unter der ausdrücklichen Überschrift „de institutione condicionali"; einzig Arndts, Pand. 921 Anm. h citiert statt l. 23 pr. vielmehr l. 23 § 1: mit weit besserem Rechte, wenn seine Behauptung auch erst mittelbar aus dem § 1 zu gewinnen ist. Die herrschende Ansicht ist geradezu unbegreiflich, wenn man sich erinnert, mit welcher Schärfe die Römer „condicio" und „dies" überall auseinanderhalten: zu ihrer Entschuldigung kann sie wohl nur den Zusammenhang des pr. mit den folgenden Paragraphen für sich geltend machen, zumal das den § 1 einleitende „sed si" die der herrschenden Meinung entsprechende Auslegung des pr. geradezu erfordere. Dagegen ist aber zu bedenken, daß in einem durch Kompilation entstandenen Werke von Zusammenhang nicht wohl die Rede sein kann und daher ein Argument, das sich lediglich auf diesen gründet, ziemlich nichtssagend sein muß. — [2]) Wie es bei einer Einsetzung ex parte stand, ergibt keine der oben angeführten Stellen, auch nicht l. 6 D. 37, 11, da hier alle Erben unter derselben Bedingung eingesetzt sind, also eine gegenseitige cautio unsinnig wäre. Trotzdem dürften wir in den genannten Fragmenten einen Hinweis auf eine cautio erwarten, wenn sie den Miterben gewährt worden wäre.

V.

Zur Geschichte des römischen Kaufes.

Von

Herrn Professor **Dr. Schloßmann**

in Kiel.

I.

Der Widerspruch zwischen l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5 und l. 16 de cond. c. d. 12, 4.

Zu den nachfolgenden Betrachtungen hat mich die mir durch einen Zufall aufgedrungene Beschäftigung mit der viel besprochenen l. 16 de cond. c. d. 12, 4 geführt, und wenngleich die Ergebnisse dieser Untersuchung vielleicht in einigen Punkten über den Zweck der Auslegung dieser Stelle hinausreichen, so möchte ich doch meine Gedanken in eben der Ordnung, in der sie sich bei mir entwickelt haben, wiedergeben, und von dieser Stelle ausgehen.

In l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5.

> Paulus l. V quaest.: Et si quidem pecuniam dem, ut rem accipiam, emptio venditio est,

und l. 16 de cond. c. d. 12, 4.

> Celsus l. III digest. Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum dares: utrum id contractus genus pro portione emptionis et venditionis est, an nulla hic alia obligatio est quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum quod ideo tibi dedi, ut Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te tamen eum tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem accipientis non feceris: et rursus, si tuus est Stichus et pro evictione eius promittere non vis, non liberaberis, quo minus a te pecuniam repetere possim —

haben wir zwei Juristenaussprüche vor uns, die in offenem Widerspruche miteinander zu stehen und den gleichen Tat-

bestand einer ungleichen rechtlichen Behandlung zu unterwerfen scheinen.

Paulus erklärt es für emptio venditio, wenn jemand einem anderen Geld gibt, um eine Sache dafür zu erhalten. Celsus dagegen ist in dem Falle, wenn jemand einem anderen eine Geldsumme gegeben, damit der andere ihm den Stichus gebe, geneigter, hierin eine emptio venditio nicht zu sehen, und keine andere Verpflichtung als die zur Rückgabe des Geldes, falls der Empfänger den Stichus nicht gibt, entstehen zu lassen.

Von alters her ging man bei der Erklärung dieser Fragmente von der Annahme aus, daß dieser Widerspruch nur ein scheinbarer sei, und nur irgend eine, dem oberflächlichen Blicke verborgen bleibende Verschiedenheit in den Tatbeständen den Grund der verschiedenartigen rechtlichen Beurteilung gebildet haben könne. Aber in der Bestimmung des sie unterscheidenden Momentes gehen die Meinungen nach verschiedenen Richtungen auseinander, ohne daß indes, wie ich meine, eine befriedigende Lösung bisher gefunden wäre.

Anscheinend liegt es auch auf der Hand, daß jeder Versuch, zu einem Verständnis der beiden Stellen zu gelangen, sich nach der angegebenen Richtung bewegen und von der Voraussetzung ausgehen müsse, daß zwischen Celsus und Paulus eine wirkliche Meinungsverschiedenheit hier nicht vorliegen könne. Die Ansicht des Paulus, daß Hingabe von Geld für eine dafür zu gewährende Sache, wie sie hier vorliegt, emptio venditio sei, und alle obligationenrechtlichen Wirkungen des Konsensualkaufes, soweit sie nicht bereits durch die Leistung von der einen Seite erledigt sind, insbesondere also auch die Eviktionspflicht, eintreten müssen, steht in Einklang mit der Tatsache, daß der Kaufvertrag zur Zeit des Paulus längst von den Banden der mancipatio gelöst und die bloße Vereinbarung des Austausches einer Sache gegen Geld als bindend anerkannt war.[1]) Eine solche Vereinbarung konnte aber kaum jemals fehlen, wenn

[1]) Gradenwitz, Interpolationen in den Pandekten S. 132 erklärt freilich die Entscheidung des Paulus für theoretisch höchst befremdlich, aber ohne dieses Urteil näher zu begründen.

entweder eine Sache gegen Geld unmittelbar ausgetauscht oder Geld für eine sofort zu leistende, wenn auch nicht sofort geleistete Sache gezahlt war. Denn auch ein solcher sofort von beiden Seiten vollzogener oder beabsichtigter und in der Erwartung alsbaldiger Gegenleistung von dem einen Teile vollzogener Realkauf wird kaum anders vorkommen, als auf Grund einer Einigung über Sache und Preis, also eines der beiderseitigen oder auch nur einseitigen Leistung nur um eine kurze Zeitspanne vorausgehenden und darum als eine selbständige Erscheinung nicht ins Auge fallenden Konsensualkaufes.[1])

Jene Entwicklung des Kaufgeschäftes war aber zweifellos auch zu Celsus' Zeit längst abgeschlossen, und der Grund, aus dem Celsus die im Hinblick auf den Erwerb einer Sache erfolgte Zahlung von Geld dem Gesichtspunkte der emptio venditio nicht unterstellen zu dürfen meint, könnte darum unmöglich etwa mit der Annahme einer erst nach Celsus erfolgten Entwicklung des Kaufes vom Realkauf zum Konsensualkauf erklärt werden. Auch Celsus kann der Vereinbarung des Austausches der Sache gegen Geld, wie auch er sie notwendig in dem Falle vorausgesetzt haben muß, die Anerkennung nicht versagt haben, und es erscheint also als bare Willkür, wenn die Basiliken und die Scholien zu der der Celsusstelle entsprechenden Stelle[2]) in dieser ohne jede Begründung ausdrücklich unter Leugnung einer *πρᾶσις* (emptio venditio) eine *ἐναλλαγή* (permutatio) annehmen, ohne hier oder an dem der Paulusstelle entsprechenden Orte[3]), wo diese in dem entscheidenden Passus in wörtlicher Übersetzung wiederkehrt, eines Widerspruchs zwischen Paulus und Celsus zu gedenken.

Da es die Celsusstelle ist, die von dem auch zu seiner Zeit schon geltenden, auch in der Paulusstelle zum Ausdruck kommenden Rechte abweicht, so mußten alle Auslegungsversuche sich jener in erster Reihe zuwenden. Ich will aber, ehe ich einen eigenen Versuch wage, mich der nicht gar schwierigen Aufgabe unterziehen, die bisher unternommenen zu widerlegen.

---

[1]) Vgl. meine Abh. über den Vorvertrag in Jherings Jahrb. Bd. XLV S. 48ff. — [2]) Bas. XXIV, 1, 16. — [3]) Bas. XX, 4, 5.

II.

Die bisherigen Vereinigungsversuche.

Die bisherigen Erklärungsversuche stützen sich bei aller Verschiedenheit der Begründung im einzelnen auf ein gemeinsames Moment, nämlich darauf, daß die Verpflichtung, die der Geber des Geldes dem Empfänger auferlegen will, sich auf ein 'dare' richte. Nur einer — der von Brinz — geht von einem anderen Gesichtspunkte aus, und ich will ihn — unter Übergehung eines in diesem negativen Punkte dem Brinzschen gleichstehenden, mir aber nicht verständlichen Versuches von H. Witte[1]) — vor Erörterung der übrigen kurz besprechen.

Brinz'[2]) Ansicht geht dahin, daß, wenn sich das Geschäft — wie in l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5 — seinem Gegenstande nach unter emptio venditio füge und keine andere Besonderheit habe, als daß die Gegenleistung gegen Vorleistung übernommen werde, auch die actio die übrige Natur des Konsensualkontraktes habe; sei dagegen — wie in l. 16 de cond. c. d. 12, 4 — nicht sowohl einerseits Vorleistung und anderseits Gegenleistung, als vielmehr modus der Hingabe gewollt und gesetzt, dann bleibe das Geschäft ein unbenannter, neben der kontraktlichen Klage auf Gegenleistung die quasikontraktliche condictio causa data causa non secuta in sich schließender Realkontrakt.

Abgesehen von der durchaus unbewiesenen und sicher unrichtigen Annahme, daß Celsus neben der condictio c. d. c. n. s. hier auch eine actio auf Erfüllung — Brinz denkt wohl an eine a° praescriptis verbis — für zulässig erachtet habe, entspricht es doch nicht dem psychologischen Tatbestande in solchen Fällen, den Parteien so subtile Unterscheidungen, wie Brinz sie hier voraussetzt, zuzutrauen. Ihre empirische Absicht geht überall, mag Leistung Zug um Zug oder Gegenleistung gegen Vorleistung bedungen sein, auf beiden Seiten nur auf Erwerb der Leistung des andern für die eigene. Die Annahme, daß unter Umständen der

---

[1]) Die Bereicherungsklagen S. 106. — [2]) Pand. II (2. Aufl.) S. 625 Anm. 3.

Vorleistende dem andern dabei einen die Leistung des Empfängers einschließenden modus habe auferlegen wollen, würde bei den Parteien die Kenntnis des den meisten, die nicht gerade geschulte Juristen sind, völlig unbekannten Begriffs des modus unterstellen, eines Begriffes dazu, der nur bei einseitiger und unentgeltlicher Zuwendung einen selbständigen Sinn hat. Man wird sicher bei den Parteien, die ein solches Geschäft geschlossen, für die Frage, ob von ihnen Vorleistung und Gegenleistung gewollt oder ob das Verlangen der Leistung des Empfängers von dem Gebenden als modus gemeint gewesen sei, schlechterdings kein Verständnis finden. Es ist wiederum die Willenstheorie, die hier, wie in so viele andere ihr zu verschließende Gebiete, sich eingeschlichen hat, um auf den nach ihr allmächtigen Parteiwillen rechtliche Wirkungen zu gründen, die allein auf dem objektiven Rechte beruhen, — als ob die Autorität des objektiven Rechts überall erst der Sanktion durch die Einzelnen, auf die es Anwendung finden soll, bedürfte, — jene Theorie, von der man nicht sagen kann, ob sie mehr auf einen die verschiedenen Bedeutungen von 'Wille' beruhenden Trugschluß oder auf den dem Naturrecht entstammenden Glauben an die Souveränität des Individuums oder auf beide sich gründe. —

Die anderen Auslegungsversuche legen bei l. 16 cit. durchgängig das entscheidende Gewicht darauf, daß hier der Empfänger des Geldes zur Übertragung des Eigentumsrechts an dem Sklaven verpflichtet werden sollte, während bei emptio venditio der Verkäufer nur für stattgehabte Entwehrung einzustehen habe. So schon die Glosse[1]) zu

---

[1]) Vel dic secundum Azonem. idem etiamsi in qualitate in casu huius legis: nam quia appositum fuit pactum de dando Sticho i. e. de transferenda proprietate Stichi, quod est contra naturam venditionis, dicit esse innominatum contractum. — Eine andere Begründung für Celsus' von Paulus abweichende Entscheidung wird als die des Joannes in der Glosse mitgeteilt (ad h. l. und zu l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5): Sed videtur venditio, cum ex una parte est pecunia, ex alia species. Sol. hic fuit data pecunia in specie — — ibi (sc. in l. 5 § 1 de praescr. v.) in quantitate. Das kann natürlich nicht so gemeint sein, daß in dem von Celsus vorausgesetzten Falle spezielle, bei Paulus nur der Quantität nach bestimmte Geldstücke hingegeben werden; denn geben kann man immer nur in

l. 16 cit. und die zahlreichen späteren Ausleger[1]), u. a. auch noch Fr. Mommsen.[2]) So sucht auch Pernice[3]) den Grund der Entscheidung des Celsus in der sofortigen halben Vollziehung des Rechtsgeschäftes, der Zahlung des Preises; dadurch werde der Verkäufer zur Übertragung des Eigentums verpflichtet, während er bei einem Vertragsschluß: 'estne mihi emptus?' nur die Entwehrungspflicht übernehme. Es ist aber doch ganz unerfindlich, warum die Vorauszahlung des Preises den Verkäufer zur Verschaffung des Eigentums verpflichten soll, während die zweifellos eine emptio venditio darstellende bloße Vereinbarung des Austausches von Sachen, wenn sie beiderseits noch unerfüllt, sowie wenn sie beiderseits erfüllt ist, unbestritten nur die Entwehrungspflicht begründete.

Zur Widerlegung der erwähnten, ganz allgemein verbreiteten Meinung genügt es eigentlich schon, die Frage aufzuwerfen, wie denn ein Vertrag, der sämtliche Merkmale der emptio venditio aufweist, dadurch einen völlig anderen Charakter erhalten und eine Abschwächung hinsichtlich der dem Kontrahenten gewährten rechtlichen Garantie sollte erleiden müssen, nur weil ein — angeblich — ein Essentiale der emptio venditio bildendes Moment, — das Versprechen des tatsächlichen dauernden Habens der Sache — infolge

---

specie bestimmte Sachen. Gemeint ist vielmehr sicher, daß in dem einen Falle der Austausch speziell bestimmter Geldstücke (z. B. der gerade in seiner Hand oder in seiner Kasse befindlichen) gegen die Sache vereinbart, während in dem andern der Kaufpreis, wie es die Regel, nur in einer Geldsumme, also in genere bestimmt gewesen sei. Das geht schon aus der von Joannes zitierten Parallelstelle l. 34 § 4 de leg. I (30) hervor. — Es mag hier dahingestellt bleiben, ob nicht auch ein Vertrag der ersteren Art als emptio venditio anzusehen wäre: dafür spricht wohl namentlich auch l. 7 § 1 de c. e. 18, 1, wo bei emptio venditio die Bestimmung des pretium: 'quantum pretii in arca habeo' für zulässig erklärt wird, — wobei arca im eigentlichen Sinne als Geldbehälter, nicht im übertragenen als verfügbares Vermögen gemeint ist. Jedenfalls aber bieten die beiden Stellen auch nicht den geringsten Anhalt für die Annahme eines in dem Grade der Bestimmtheit des Geldpreises bestehenden Unterschieds zwischen ihren Tatbeständen.

[1]) Vgl. die umfassende ältere Literatur zu dieser Stelle bei A. Schulting, Notae ad digesta III p. 81 sq. — [2]) Beiträge zum Obl.R. I S. 393 Anm. 16. — [3]) Labeo III, 1 S. 305.

einer besonderen, auf Verschaffung des Eigentums sich richtenden Abrede eine Steigerung erfährt. Hört denn etwa ein den Austausch einer Sache gegen Geld bezweckender Vertrag auf, emptio venditio zu sein, um in den niederen Aggregatszustand der sogenannten Innominatkontrakte überzugehen, wenn der Verkäufer die Gefahr der Sache übernimmt oder sich die Freiheit von der Haftung für Mängel der Sache ausbedingt?

Es ist geradezu erstaunlich, wie sich diese Meinung viele Jahrhunderte hindurch hat unangefochten behaupten können. Eine gewisse Empfindung für ihre Unhaltbarkeit war es vielleicht, die Brinz zu seinem, von der angeblich vereinbarten Eigentumsübertragung absehenden, aber aus andern Gründen unmöglich erscheinenden, sowie Witte zu seinem, jenen Grund gleichfalls nicht erwähnenden, aber wegen seiner Unverständlichkeit der Kritik nicht zugänglichen Vereinigungsversuch veranlaßte.

Aus demselben Grunde vielleicht ist es auch geschehen, daß Bechmann, obwohl auch er auf jenem Momente fußt, eine Erklärung dafür suchte, weshalb die Unterstellung einer auf Eigentumsübertragung gegen ein Geldäquivalent gerichteten Vereinbarung unter die emptio venditio unmöglich sei. Aber seine Gründe sind weit davon entfernt, überzeugend zu sein.

Bechmann[1]) leugnet zunächst die Übereinstimmung des von Celsus behandelten Tatbestandes mit dem der Paulusstelle, da keine Nötigung bestehe, das rem accipere in letzterer in dem Sinne des Erwerbens von Eigentum zu verstehen. Aber der ganze Inhalt der Stelle und ihr Zusammenhang mit dem vorangehenden und den folgenden Paragraphen weist uns darauf hin, als Korrelat von 'accipere' ein von dem 'accipiens' ausgehendes 'dare' zu denken.

Die Erklärung der das 'dare' des Geldempfängers enthaltenden l. 16 cit. aber soll nach Bechmann einfach in folgender Erwägung liegen. Die intentio der a° empti gehe auf 'quidquid dare facere oportet ex fide bona'; der Kontrakt gehe dagegen auf 'dare' schlechthin; also passe Kontrakt und Forderung nicht zusammen, der Kläger wolle 'dare'

[1]) Der Kauf II S. 71 ff.



schlechthin, und dem Richter könne die ihm in der formula verliehene Freiheit, ein 'dare facere' zu befinden, gleichfalls nicht beschränkt werden; also müsse der Kläger, um zu einem Resultat zu gelangen, sich einer andern Klageformel bedienen, — einer condictio: alsdann liege aber auch kein Kauf vor.

Es würde nun aber doch eine, allenfalls vielleicht den veteres, keinesfalls jedoch den klassischen Juristen zuzutrauende Unbeholfenheit gewesen sein, wenn sie es nicht fertiggebracht hätten, der unabweisbaren Forderung der Billigkeit, dem Vorleistenden zur Erlangung der Gegenleistung zu verhelfen, auch gegenüber einem entgegenstehenden Wortlaut der formula Befriedigung zu verschaffen. Wissen wir ja, wie sie mitunter das gerade Gegenteil von dem, was ein Formelwort besagt, im Wege der „Interpretation" in dieses hineinpraktizierten, wenn es galt, einem schutzbedürftigen Interesse Schutz zu verschaffen. Und einem Juristen von der Kapazität des Celsus sollte es nicht gelungen, und kein anderer Ausweg als die nicht einmal unter allen Umständen die Zurückerlangung garantierende condictio causa data möglich erschienen sein?

Aber vor allen Dingen liegt in den Worten der intentio 'quidquid dare facere oportet ex f. b.' keinerlei Grund, die sie enthaltende formula einem auf 'dare' gerichteten Anspruch für unzugänglich zu erachten. Bilden denn etwa die Worte 'dare facere' einen einheitlichen Begriff, bezeichnen sie ein aus den Elementen 'dare' und 'facere' zusammengesetztes Ding, in dem das 'dare' und das 'facere' ihre Selbständigkeit vollkommen eingebüßt hätten, ähnlich wie in dem durch die Formel H_2O ausgedrückten Wasser die Atome von H und O aufgehört haben, als selbständige Körper zu existieren? Oder enthält nicht vielmehr die condemnatio auf 'quidquid dare facere oportet' die Ermächtigung für den iudex, je nachdem er es für billig erachtet, hier zu einem 'dare', dort zu einem 'facere', oder zu beiden, d. h. auf Leistung der litis aestimatio dafür zu verurteilen? Dare, facere stellen ein jedes etwas für sich Bestehendes dar. Vorstellbar ist ein dare, vorstellbar auch ein facere; aber dare facere als eine von dare und facere ganz verschiedene Leistung würde uns eine für den menschlichen Verstand nicht

vollziehbare Vorstellung zumuten. Und daß in der Tat, wie gar nicht anders möglich, auch die Römer so dachten, dafür liegt der unwiderlegliche Beweis darin, daß ihnen die Gewährung der a° venditi gegen den Käufer mit ihrer auf dare facere gerichteten intentio niemals ein Bedenken bereitet hat, obwohl doch nach allgemeiner Ansicht die Verpflichtung des Käufers sich auf Verschaffung von Eigentum an dem Gelde richten soll; und ferner darin, daß mit a° empti nach Gaius IV 131ª 'de fundo mancipando', also auf Verschaffung des Eigentums allein geklagt, und hierauf allein, also auf ein 'dare' im Sinne der herrschenden Lehre, auf Grund der auf 'quidquid dare facere oportet ex f. b.' gerichteten condemnatio eine Verurteilung ergehen konnte.

III.

Die angebliche spezifische Bedeutung von 'dare'.

In der Kritik der bisherigen Versuche der Auslegung der l. 16 cit. wurde von der Voraussetzung ausgegangen, daß das Wort 'dare' im technischen Sinne bei den Römern die Bedeutung „zu Eigentum übertragen, Eigentumsrecht verschaffen" gehabt habe.

Wenn langdauernde Herrschaft eine Gewähr für die Richtigkeit einer Lehrmeinung wäre, dann würde diese, soviel ich sehe, noch niemals angezweifelte Meinung sich auf diese Legitimation mit bestem Rechte berufen können. Denn sie hat sich von den Zeiten der Glosse her bis auf den heutigen Tag behauptet und reicht vermutlich weit vor jene Zeit zurück. Ich glaube indes, daß es kaum eine bei gleichem Alter auf minder schwachen Fundamenten ruhende Behauptung geben kann.

Nach dieser, auch heutzutage ganz allgemein angenommenen Ansicht soll also das Wort 'dare', wie Bechmann[1]) es am präzisesten ausspricht, bei den römischen Juristen

[1]) Der Kauf I S. 547. Das röm. Dotalrecht I S. 129. Einige Rechtslehrer, wie z. B. Savigny und Windscheid haben dieser Behauptung aber selbst wieder alle Bedeutung entzogen durch das Zugeständnis, daß das römische Recht weit entfernt davon gewesen sei, an das Wort 'dare' eigentümliche Regeln anzuknüpfen (vgl. Savigny, System V S. 516 Anm. 1; Windscheid, Pand. II § 252 Anm. 4).



die prägnante Bedeutung von Eigentumsübertragung und zwar Übertragung des quiritischen Eigentums gehabt haben, in einer spezifischen Bedeutung Zweck und Erfolg kombinierend bedeuten: den objektiven Erfolg der Eigentumsübertragung herbeiführen.

Sicht man zunächst von dem Quellenbeweise für diese Ansicht ab, so wird man schon aus allgemeinen Gründen ihre Richtigkeit von vornherein bezweifeln müssen.

Das Wort 'dare', der damit bezeichnete Begriff und die durch ihn angeregten Gedankenassoziationen entsprechen genau unserem Worte „Geben“ und dem, was sich an Vorstellungen für uns mit dem dadurch ausgedrückten Begriffe verknüpft, wenn auch vielleicht manche unserem Sprachgebrauch geläufigen Wortverbindungen dabei den Römern fremd sind und umgekehrt.

'Dare', „Geben“ bezeichnet zunächst ein zu dem Zwecke, eine körperliche Sache in die Gewalt, in den Besitz (im nicht technischen Sinne) eines andern zu bringen, geübtes und zu diesem Zwecke geeignetes Handeln. Dem Geben, dare ist korrelat das Annehmen, accipere, und man gebraucht diese Worte regelmäßigerweise auch nur dann, wenn dem Geben, dare, sich eine ihm entsprechende Annahmehandlung angereiht hat: fehlt es an dieser, sei es, daß der, dem gegeben werden sollte, sie absichtlich unterließ, oder durch von seinem Willen unabhängige Umstände an ihr verhindert wurde, dann nennen wir jene Handlung nicht Geben, auch die Römer sicher nicht dare; der passende Ausdruck ist dann: „anbieten“, 'offerre'.[1])

Durch das Wort 'dare', „geben“ wird also stets in uns der Gedanke an das korrespondierende Nehmen und an den durch das Zusammenwirken beider herbeigeführten Erfolg — die Begründung der Gewalt des Empfängers der Sache — angeregt. Aber weder das eine noch das andere wird durch jene Worte mit ausgedrückt, und wenn wir uns genau

---

[1]) Vgl. die von diesem Standpunkte allerdings richtige Bemerkung des Donatus zu Terent. Andr. 5, 4, 47: — — 'datio enim ab acceptione confirmatur, nec potest videri datum, quod non sit acceptum'. Vgl. aber im übrigen zu dieser Stelle meinen Vertrag § 21.

prüfen, so werden wir uns bewußt, daß die Annahme uns keineswegs ein Bestandteil des Gebens, sondern nur das zur Herbeiführung des mit dem Geben bezweckten Erfolges notwendige Supplement ist, wie umgekehrt das Geben nicht etwas im Begriffe des Annehmens Enthaltenes, sondern nur die dabei regelmäßig mitgedachte, aber nicht ausgedrückte Voraussetzung des Annehmens bildet. —

Die Zwecke des Gebens können nun sehr mannigfach verschieden sein. Man gibt jemandem eine Sache zur Ansicht, zum Probieren, zur Leihe, zu mietweisem Gebrauch, zur Verwahrung, zur Sicherheit, zum Zweck der Rückerstattung der zu irgend einem solchen Zweck empfangenen Sache u. s. w.; aber nicht bloß, wie in diesen und ähnlichen Fällen zu vorübergehendem Besitz, sondern auch zu dauerndem Haben, um die Sache für immer aus der eigenen Machtsphäre auszuscheiden und der fremden dauernd einzuverleiben; und wo im geschäftlichen Verkehre, insbesondere bei Erteilung eines Leistungsversprechens, von Geben, dare gesprochen wird, da wird, wenn der Zweck nicht angegeben ist, aus den Umständen, vorhergehenden oder begleitenden, ein Schluß auf den Zweck der Gabe möglich, und wo kein Zweck ersichtlich, regelmäßig die dauernde Überführung in das Vermögen des Empfängers beabsichtigt sein. Enthalten in der Wortbedeutung von Geben, dare ist aber auch der Zweck mit nichten. Er ist, sobald er im einzelnen Falle erkannt, oder infolge regelmäßigen Vorkommens eines bestimmten Zweckes unter bestimmten Umständen als vorhanden vermutet wird, ein neben dem Geben und Nehmen stehendes selbständiges Moment, das wiederum nur vermöge einer Ideenassoziation dem gewöhnlichen, nicht auf scharfe Sonderung der Begriffe ausgehenden Denken als ein Bestandteil des Gebens erscheint.

Da nun aber die dauernde Herrschaft über eine Sache für den Empfänger am meisten gesichert ist, wenn sie nicht nur tatsächlich durch Geben und Nehmen begründet ist, sondern auch die etwa außer diesen noch notwendigen Bedingungen hergestellt sind, unter denen das Recht ihm Schutz verheißt, so schließt die Verpflichtung zum Geben, wo sie vom Rechte für jemanden gesetzt ist, außer der Verpflich-

tung zur Herstellung der tatsächlichen Herrschaft auch die zur Vornahme der das Recht der Herrschaft begründenden Handlungen ein.

Darum ist, wie jetzt wohl von niemandem mehr bezweifelt wird, auch der Verkäufer zur Vornahme der zur Verschaffung des Eigentumsrechtes erforderlichen Handlungen, nach römischem Rechte daher bei res mancipi neben der Tradition auch zur Manzipation verbunden.

Gaius IV 131[a] Item si verbi gratia ex empto agamus, ut nobis fundus mancipio detur.

Paulus, R.S. I, 13[a], 4:

> Si id quod emptum est, neque tradatur, neque mancipetur, venditor cogi potest, ut tradat [sc. rem nec mancipi] aut mancipet [sc. rem mancipi].

Das alles gilt übrigens nicht bloß von der Übertragung einer Sache zu voller Herrschaft, sondern auch für den Fall beabsichtigter Einräumung einer dauernden beschränkten Herrschaft (Einräumung eines Weges, Gestattung einer Wasserleitung u. s. w.), für welche Fälle bei den Römern das Wort 'dare' gleichfalls gebraucht wurde, während die Verwendung des Wortes „Geben" uns hier allerdings fern liegt.

Obwohl aber so der Zweck der Vornahme der rechtsbegründenden Handlungen naturgemäß die Begründung des Rechtes (des Eigentumsrechtes, des Servitutenrechtes u. s. w.) ist, so kann doch unmöglich die wirkliche Entstehung des Rechtes zum Inhalt einer auf dare gerichteten obligatio erhoben werden. Den objektiven Erfolg der Eigentumsübertragung herbeizuführen, kann niemandem angesonnen werden, da nur Willensbetätigungen den Gegenstand einer Verpflichtung bilden können, der Eintritt eines Rechtserfolges aber regelmäßig noch durch Umstände bedingt ist, die von dem Willen des Verpflichteten unabhängig sind. An der übergebenen oder manzipierten Sache wird Eigentumsrecht entstehen, wenn der Übertragende selbst Eigentümer und geschäftsfähig, wenn die Sache in commercio ist u. s. w. Daß diese Voraussetzungen vorhanden seien, dazu kann man nicht verpflichtet werden.[1])

[1]) Vgl. meine Abh.: Anspruch, Klage u. s. w. auf Herbeiführung eines Rechtserfolges, in Jherings Jahrb. XLV S. 101 ff.



Da aber doch der Erwerber nicht an der Vornahme des Übertragungsaktes als solcher, sondern nur an dem wirklichen Erwerb des Rechtes ein Interesse hat, so muß er in der Regel[1]) den rechtlichen Erfolg des Übertragungsaktes garantieren, d. h. wenn der Erfolg ausgeblieben ist, in einer vom Rechte bestimmten Weise dem Gläubiger ein Surrogat für die fehlgeschlagene Wirkung verschaffen.

Auch hier wird sich leicht, wenn wir unsere Gedanken auf einen Rechtssatz richten, der mit der Verpflichtung zum Geben und zur Vornahme der zur Begründung eines es sichernden Rechts erforderlichen Handlung auch die zur Leistung einer wie immer gearteten Garantie auferlegt, die Vorstellung des Gebens und der Vornahme des Rechtsübertragungsaktes mit der der Verpflichtung zum Einstehen für den rechtlichen Erfolg zu einer Einheit verbinden, und uns dieser letztere als ein Bestandteil jener Handlungen selbst erscheinen, uns aber doch bei genauerer Analyse unserer Begriffe und der sie ausdrückenden Worte als ein in Wahrheit außerhalb dieser und selbständig neben diesen stehendes Moment erkennbar werden.

Das Ergebnis dieser rein sprachlichen und psychologischen Erwägungen ist also dieses. Es ist logisch unmöglich, eine Verpflichtung zu einem Geben, dare auf etwas anderes zu beziehen, als auf die Vornahme irgend welcher Handlungen, und den rechtlichen Erfolg dieser Handlungen in jene Worte einzuschließen; und es ist deshalb auch zum mindesten in hohem Grade unwahrscheinlich, daß die römischen Juristen mit dem Worte 'dare' in einem juristischen, prägnanten, spezifischen, technischen Sinne die Bedeutung eines von rechtlichem Erfolge begleiteten Gebens verbunden haben könnten.

Eine solche Annahme würde auch andere Bedenken gegen sich haben.

Wenn man von einem, bekanntlich auch von den Juristen und in Gesetzen, Rechtsgeschäften, Urteilen unendlich oft in seinem landläufigen, gewöhnlichen Sinne gebrauchten

[1]) Nicht immer; z. B. nicht bei Schenkungen, nicht stets bei der Manzipation der vom Mandatar für den Mandanten erworbenen Sache, bei dem Damnationslegat.



Worte, wie dem Worte 'dare', behauptet, es habe für den Juristen neben der gewöhnlichen auch eine technische Bedeutung, so müßte sich doch irgendwie bestimmen lassen, unter welchen Voraussetzungen und in welchen Zusammenhängen es in dieser, und wann es in der vulgären Bedeutung gebraucht werde. Ohne eine solche genaue Angabe würde jene Behauptung ohne jeden Nutzen sein; denn wir würden ohne sie nicht imstande sein, eine Auslegung irgend eines auf 'dare' bezüglichen Ausspruches durch Unterstellung, sei es der spezifischen, sei es der gewöhnlichen Bedeutung von 'dare' zu begründen. Wenn man dies trotzdem mehrfach unternahm, so vermochte man es nur mittelst einer petitio principii. Man suchte in mehreren Stellen die in ihnen enthaltenen Entscheidungen mit der Behauptung zu erklären, daß das in ihnen vorkommende 'dare' gerade in dem den Rechtserfolg einschließenden prägnanten Sinne gebraucht sei, und entnahm anderseits gerade diesen Stellen — auch unsere l. 16 cit. gehört zu ihnen — die Bestätigung für jene anderweitig nicht zu erweisende Behauptung.

Wie wenig das Wort 'dare' als ein Wort von der dafür in Anspruch genommenen spezifisch juristischen Bedeutung gelten kann, das ergibt sich daraus, daß gerade auch in solchen Zusammenhängen, in denen es hergebrachterweise bei Juristen oder in rechtsgeschäftlichen Formeln auftritt, jener spezifischen Bedeutung nicht gedacht wird.

So sagt Gaius II, 193 von dem Vindikationslegat, dessen ständige Form 'hominem Stichum do lego, oder do oder lego lautet:

> Ideo autem per vindicationem legatum appellatur, quia post aditam hereditatem statim ex iure Quiritium res legatarii fit.

Also nicht, weil das vom Testator gesprochene oder geschriebene Wort 'do' der ihm innewohnenden Bedeutung und der von dem Testator damit ausgesprochenen Absicht gemäß den Legatar unmittelbar zum quiritischen Eigentümer macht, sondern darum heißt es 'per vindicationem legatum', weil das objektive Recht auf Grund des Wortes 'do', „ich gebe", dem Legatar Eigentum zuschreibt, und das offenbar weil hierin die kräftigste Verwirklichung der auf dauerndes Verschaffen der vermachten Sache gerichteten Absicht des Testators liegt. —

An der Stelle, wo er vom Damnationslegat ('heres meus Stichum servum meum dare damnas esto' oder dato) spricht, schildert Gaius (II 204) die rechtliche Wirkung der Verfügung folgendermaßen:

> 'et ideo legatarius in personam agere debet, id est intendere hominem sibi dare oportere: et tunc heres, si ⟨res⟩ mancipi sit, mancipio dare, aut in iure cedere possessionemque tradere debet, si mancipi non sit, sufficit, si tradiderit.

Es wird also nur der Vornahme der auf Verschaffung des Eigentumsrechts gerichteten und hierzu geeigneten Handlungen als Inhaltes der Verpflichtung gedacht, mit keinem Worte der Eintritt des rechtlichen Erfolges als in dem 'dare' enthalten erwähnt. Die hier geschilderte Verpflichtung stimmt genau mit derjenigen überein, die Paulus als die dem Verkäufer obliegende in R.S. I 13[a], 4 bezeichnet (vgl. oben S. 163), und doch wird allgemein angenommen, daß in der Verpflichtung des Verkäufers ein den Rechtserfolg auch wirklich herbeiführendes Handeln nicht enthalten sei. Und auch daraus, daß bei dem Damnationslegat auch nicht einmal ein Einstehn für den Rechtserfolg in gewissen Fällen, wenn nämlich der Testator irrtümlich eine fremde Sache wie eine eigene vermacht hat, von den Erben gefordert wird, geht hervor, daß in dem 'dare' der wirkliche Eintritt des Rechtserfolges der Übertragungshandlung nicht mitbezeichnet sein kann. —

Endlich sei auch an den, wie es scheint, sich an die Worte der lex Iulia de maritandis ordinibus anlehnenden Ausspruch Ulpians: 'dos aut datur aut dicitur aut promittitur'[1]) erinnert, in dem das 'dare', trotzdem es offenbar in einem prägnanten Sinne gebraucht wird, doch sicherlich nicht eine vom rechtlichen Erfolge begleitete Vornahme eines Rechtsverschaffungsaktes bedeutete. —

Kommt so dem Wort 'dare' selbst im formularmäßigen Gebrauch keineswegs eine spezifische Bedeutung zu, wie sollte es möglich sein, ihm eine solche zuzuschreiben, wo es, wie in unserer l. 16 cit. in einer ganz formlosen Parteiabmachung auftritt!

---

[1]) cf. Ulpian in fr. VI, 1 vgl. mit XI, 20 u. l. 3 C. Th. de incest. nupt. 3, 12 und Bechmann, Das röm. Dotalrecht II S. 49 f.



IV.

Prüfung der der herrschenden Ansicht über die Bedeutung von dare zugrunde liegenden Quellen.

Aber es ist nun endlich an der Zeit, nach der quellenmäßigen Begründung der herrschenden Meinung über die spezifische Bedeutung von 'dare' zu fragen; und da zeigt sich uns alsbald, wie außerordentlich dürftig sie ist.

Drei Stellen sind es, aus denen man die „streng juristische", „technische", „spezifische" Bedeutung von 'dare' abzuleiten pflegt.[1])

Gaius IV, 4 fere = § 14 J. de act. 4, 6:

> Sic itaque discretis actionibus certum est non posse nos rem nostram ab alio ita petere 'si paret eum dare oportere'. nec enim quod nostrum est nobis dari potest, cum scilicet id dari nobis intellegatur, quod ⟨ita datur ut⟩ nostrum fiat; nec res quae ⟨nostra iam est⟩ nostra amplius fieri potest. — — — — —

Ulpianus l. XXII ad edictum. l. 75 § 10 de V. O. 45, 1:

> Haec stipulatio: 'fundum Tusculanum dari? ostendit se certi esse, continetque ut dominium omnimodo efficiatur stipulatoris quoquo modo.

Paulus l. XLIX ad edictum. l. 167 pr. de R. J. 50, 17:

> Non videntur data, quae eo tempore quo dentur, accipientis non fiunt.

Diese Stellen beweisen indessen schlechterdings nichts für jene Behauptung.

Die Gaiusstelle würde nur dann beweiskräftig sein, wenn die (übrigens in ihr fehlenden, hier aber sicher aus der Institutionenstelle zu ergänzenden) Worte 'ita datur, ut nostrum fiat', die man hier als entscheidend ansieht, in konsekutivem Sinne zu verstehen wären. Das ist aber nicht nur nicht notwendig, sondern es entspricht gerade dem sonstigen Sprachgebrauch der Quellen, insbesondere auch von Gaius, in ihnen den Ausdruck der Absicht und der ihr ent-

[1]) Vgl. Savigny, Obl.R. I S. 300 not. e. System V S. 516 not. i. 515 not. h. Bechmann, Der Kauf I S. 547 Anm. 2.



sprechenden Art, in der das Geben oder sonstige Handeln und Erklären sich vollzieht, zu sehn.[1])

Im übrigen sind die Gründe, die, streng genommen, der auf dare oportere gerichteten condictio bezüglich der eigenen Sache des Gläubigers entgegenstehn, die nämlichen wie jene, auf denen auch die Ungiltigkeit des Kaufes der eigenen Sache beruht[2]); und doch geht ja die Verpflichtung des Verkäufers unstreitig nicht auf ein den Rechtserfolg bewirkendes Geben. —

Die beiden andern Stellen haben auf ein dare gerichtete Stipulationen zum Gegenstande. Bei l. 75 § 10 cit. ergibt sich dies unmittelbar aus dem Wortlaut. Für l. 167 cit. darf man mit Lenel[3]) aus dem Zusammenhange, in dem sie sich in dem de aqua et aqua pluvia arcenda handelnden 49. Buche des Ediktskommentars des Paulus findet, schließen, daß sie von einer stipulatio aquam dari handelte.

Im 34. Buche seines Sabinuskommentars l. 25 § 1 de c. e. 18, 1:

> Qui vendidit necesse non habet fundum emptoris facere, ut cogitur, qui fundum stipulanti spopondit[4])

stellt nun Ulpian die Verpflichtung des Verkäufers eines Grundstücks zur Verschaffung desselben der Verpflichtung desjenigen, der sich durch Stipulation zu 'fundum dari' verpflichtet hat, scharf gegenüber. Es wird daher zum Ver-

---

[1]) cf. Gaius II, 179: non solum ita substituere possum i. e. ut si — — — alius nobis heres sit — — . . III, 140: si ita inter nos conveniret ut quanti Titius rem aestimaverit, tanti sit empta. Ulpianus l. III disput. l. 10 de spons. 23, 1: — — nisi forte quis proponat, ita dotem patrem pro emancipata filia dedisse, ut, si nuptiis non consentiret, — — repeteret quae dederat. — [2]) cf. l. 16 pr. l. 18 pr. l. 34 § 4 de c. e. 18, 1. l. 45 pr. de R. J. 50, 17 c. 4. 10. de c. e. 4, 38. — [3]) Palingen. I pr. 1058 not. 1. — [4]) Das 34. Buch von Ulpians Sabinuskommentar handelt vom Dotalrecht und in den meisten der uns erhaltenen Stellen von dos aestimata. Man wird deshalb vermuten dürfen, daß Ulpian die in l. 25 cit. enthaltene Äußerung mit Rücksicht auf eine dos venditionis causa aestimata getan haben werde, ohne darum zu der Annahme genötigt zu sein, daß er sie nur auf diese bezogen habe; er wird jenen für den eigentlichen Kauf geltenden Grundsatz nur für auch auf die dos aestimata, die ja keineswegs in allen Beziehungen nach Kaufrecht behandelt wurde (vgl. Bechmann, Das röm. Dotalrecht II S. 218 ff.), anwendbar erklärt haben.

ständnis dessen, was in jenen beiden Stellen über die Bedeutung der Verpflichtung zum dare gesagt wird, wesentlich beitragen, wenn wir zunächst uns den Inhalt der dem Verkäufer obliegenden Verpflichtung in betreff der Verschaffung der Sache vor Augen führen.

L. 25 cit. setzt die Tragweite der Verpflichtung des promissor als bekannt voraus und charakterisiert die Verpflichtung des Käufers nur negativ durch die Bemerkung, daß sie nicht auf ein 'accipientis (emptoris) facere' gehe, wie die des promissor.

Da nun aber zweifellos auch der Verkäufer eines Grundstücks zur mancipatio, also zur Vornahme des zur Übertragung von Eigentumsrecht erforderlichen Aktes[1]), genau ebenso wie der promissor eines Grundstücks verpflichtet ist, da ihm ferner diese Verpflichtung nur zu dem Zwecke auf-

[1]) Die Worte 'accipientis facere (fieri)' bedeuten, wie in dieser, so auch in einer Reihe anderer Stellen, die Vornahme eines Übertragungsaktes mit der Wirkung des Eigentumsüberganges. Accipientis facere (non facere) Gai. II, 81. l. 25 § 1 de usufr. 7, 1. l. 11 § 2. l. 13 pr. l. 41 de R.C. 12, 1. l. 3 § 8 de cond. c. d. 12, 4. l. 1 pr. de permut. 19, 4. l. 14 § 8 de solut. 46, 3. l. 9 § 4 de a. r. d. 41, 1. accipientis fieri (non fieri): l. 55 de cond. ind. 12, 6. l. 9 § 7 de SCto Mac. 14, 6. l. 19 de c. e. 18, 1. l. 9 pr. de J. D. 23, 3. l. 3 § 5 de statul. 40, 7. l. 38 de a. v. a. p. 41, 2. l. 1 § 2 de O. et A. 44, 7. — In einer Reihe anderer Stellen bedeutet 'rem alicuius, meam, tuam, accipientis facere' nicht, oder wenigstens nicht in erster Linie, die Verschaffung des Eigentumsrechts in formal-juristischer Bedeutung, sondern die Überführung einer Sache in das Vermögen einer Person im wirtschaftlichen Sinne, was besonders eklatant in den Stellen hervortritt, wo es von fructus consumpti ausgesagt wird. cf. l. 40 de a. r. d. 41, 1. l. 4 § 19 de usurp. 41, 3 (vgl. zu diesen Windscheid in Ztsch. f. Civ. R. u. Proz. N.F. IV S. 83 ff. u. Pand. II § 186 Anm. 12. Goeppert, Über die organischen Erzeugnisse S. 331); ferner aber auch l. 18 de R.C. 12, 1. l. 33 de cond. ind. 12, 6. l. 55 de cond. 35, 1. l. 1 pr. de donatt. 39, 5. l. 2 de donatt. i. v. 39, 6. l. 15 de manum. 40, 1. l. 20 pr. de statul. 40, 7. l. 1 § 3 de prec. 43, 26. In der Mehrzahl dieser Stellen wird mit jenen Worten die unwiderrufliche, dauernde Vermehrung des fremden Vermögens ausgedrückt. Versteht man diese Worte, wie man es muß, in diesem Sinne in der berühmten l. 18 de R.C. 12, 1, so ist es offenbar, daß in der Stelle gar nicht von der Frage des Eigentumserwerbes die Rede ist, sondern nur die Frage erörtert wird, ob der unter den Kontrahenten bestehende Dissens das Zustandekommen der Schenkung, der dauernden Bereicherung des Empfängers hindere.

erlegt sein kann, damit auch der Erfolg des Eigentumsrechtserwerbes für den Käufer eintrete, die Unmöglichkeit einer unmittelbar auf erfolgreiche mancipatio sich richtenden Verpflichtung und Klage aus den oben S. 163 angeführten Gründen ebensowohl bei dem Verkäufer wie bei dem promissor oder irgend einem andern Schuldner besteht, und die Verpflichtung überall, wo sie, sei es ausdrücklich ausgesprochen, sei es stillschweigend unterstellt wird, nur den Sinn haben kann, daß der Verpflichtete für den Erfolg der Übertragungshandlung zu garantieren hat, d. h. im Falle ihrer Erfolglosigkeit zu einer Surrogatleistung verpflichtet ist, so kann der Unterschied zwischen der Verpflichtung des Verkäufers und der des promissor nur in bezug auf Art und Umfang dieser Gewährleistungspflicht für den Fall des für den Gläubiger nicht entstandenen Eigentumsrechts bestehen; anders ausgedrückt: die Rechtsfolgen des 'accipientis non fieri' sind für den manzipierenden Verkäufer, in bezug auf den sie in l. 25 cit. durch den Satz 'accipientis facere necesse non habet' nur negativ ausgedrückt werden, anders geartet, als die den promissor treffenden.

Es ist nun bekannt, daß zu allen Zeiten, sowohl in jener, da der Kauf nur als Naturalkauf in der Form der mancipatio bekannt war, wie später, als der Konsensualkauf rechtliche Anerkennung und Aktionenschutz erlangt hatte, die Verpflichtung des Verkäufers zur Verschaffung der Sache, falls die von ihm vorgenommene Übertragungshandlung dem Käufer das Eigentumsrecht nicht verschafft hatte, nicht etwa als unerfüllt angesehen ward, und im System der emptio venditio sofort, wenn sich die Erfolglosigkeit der mancipatio und bei res nec mancipi der traditio herausstellte, mit a° empti auf 'quidquid dare facere oportet ex f. b.' geklagt werden konnte, so als ob noch nichts geleistet wäre, daß der Verkäufer vielmehr erst im Falle einer geschehenen Entwehrung einem bald auf diesem, bald auf jenem Wege (mit a° auctoritatis, a° aus der repromissio oder satisdatio secundum mancipium, aus der stipulatio duplae oder schließlich a° empti) durchzuführenden Anspruch des Käufers ausgesetzt war, der Anspruch des Käufers auf Leistung der Sache also, solange er im Genuß der Sache war, als erfüllt galt.

Besonders deutlich tritt dies bei Paulus l. XXXIII [1]) ad edictum (l. 1 pr. de rer. permut. 19, 4) hervor:

> 'emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito, venditori sufficit ob evictionem se obligare possessionem tradere et purgari dolo malo, itaque si evicta res non sit nihil debet.' [2])

Aus dieser Stelle können wir aber zugleich entnehmen, welche Folgen gegen einen Schuldner eintreten, der nicht aus stipulatio, sondern aus emptio venditio zu 'accipientis facere' verpflichtet ist, wenn er nicht accipientis fecerit:

> 'emptor enim, nisi nummos accipientis fecerit, tenetur ex vendito.'

Man pflegt den in der Stelle ausgedrückten Gegensatz zwischen der Verpflichtung des emptor und der des venditor allgemein so auszudrücken: der Käufer sei verbunden, dem Verkäufer das Eigentumsrecht an den ihm gezahlten Geldstücken, der Verkäufer dem Käufer nur das habere licere der Sache zu verschaffen. Abgesehen aber von der völligen Unerfindlichkeit eines Grundes für eine derartige Zurücksetzung des Käufers hinter den Verkäufer, ist aus den Worten des Paulus klar ersichtlich, daß der Gegensatz ganz anderer Art ist. Eigentumsrecht an den geleisteten Gegenständen zu verschaffen in dem Sinne, daß für Erfolglosigkeit der Übertragungshandlung eingestanden werden muß, sind beide gleichmäßig verpflichtet. Aber während, wie gezeigt, der Käufer erst nach einer etwa erfolgten Entwehrung auf den oben angegebenen Wegen die Surrogatleistung fordern kann, so kann der Verkäufer, wenn er das Eigentumsrecht an den ihm gezahlten Geldstücken nicht erlangt hat, sofort die actio venditi anstellen. Worauf? Selbstverständlich auf nochmalige Zahlung des Preises, — aber natürlich, wie die bona fides es heischt, gegen Zurückzahlung der empfangenen fremden Geldstücke. Während die dem Verkäufer obliegende Surrogatleistung von der Bedingung 'si res

---

[1]) Nicht, wie die inscriptio lautet, l. XXXII, in welcher mandatum und societas behandelt sind. Vgl. Lenel, Palingen. I p. 1034 not. 2. — [2]) Vgl. auch l. 11 § 2 de a. e. v. 19, 1 Ulpian l. XXXII ad edictum.



evicta est' abhängig ist, gilt die des Käufers schon als verwirkt, 'si nummi accipientis facti non sunt'.

Mit gutem Grunde! Geld ist ein zu schnellem Umsatz bestimmtes Gut; von ihm gilt nicht das Wort „Erwirb es um es zu besitzen". Man erwirbt die Geldstücke nicht, um sie, wie andere Güter in der Regel, dauernd oder für längere Zeit zu behalten, sondern man kann jeden Augenblick in die Lage kommen, sie ausgeben zu müssen. Wer aber fremde Geldstücke wissentlich als Zahlung erhalten hat, oder nach gutgläubigem Erwerb erfahren hat, daß sie dem Zahlenden nicht gehörten, der ist in der Verfügung über sie lahm gelegt, — weniger darum, weil er eher als der Besitzer einer sonstigen fremden Sache einer Entwehrung ausgesetzt wäre, — im Gegenteil! die Schwierigkeit des Identitätsnachweises bei Geldstücken und die Leichtigkeit, sich ihrer unbemerkt zu entledigen, mindert die Eviktionsgefahr —, sondern weil er durch Verausgabung der Geldstücke zu eigenem Nutzen ein furtum begehn und sich der Strafe des Doppelten aussetzen würde.

Aus dem Ergebnis dieser Vergleichung der Haftung des Verkäufers in betreff der dem Käufer zu gewährenden Sache und des Käufers bezüglich des zu zahlenden Geldes empfangen wir, wie ich meine, die volle Aufklärung auch über die Natur des in l. 25 § 1 de c. e. 18, 1 von Ulpian so scharf betonten Gegensatzes zwischen der Verpflichtung des Verkäufers und der des promissor eines Grundstückes, und über den Sinn der l. 75 § 10 de V. O. 45, 1 und der l. 167 pr. de R. J. 50, 17.

Prüfen wir zunächst den Inhalt der beiden Stellen!

Beide betreffen, wie oben (S. 168) gezeigt, Stipulationen, die erstere eine Stipulation auf 'fundum dari', die zweite auf 'aquam dari', beide also Stipulationen über eine certa res, auf Grund derer dem stipulator die condictio triticaria mit ihrer auf 'dare oportere' gerichteten intentio und der auf 'quanti ea res est' lautenden condemnatio zusteht.

Während Ulpian den Zusammenhang seiner von der Tragweite der stipulatio 'fundum Tusculanum dari' ge-

machten Aussage mit der aktionenrechtlichen Natur des dem stipulator zustehenden Anspruchs durch den Hinweis auf das in der stipulatio enthaltene certum deutlich erkennen läßt, — denn nur in aktionenrechtlicher Beziehung spielt ja die Frage, ob certum oder incertum[1]) eine Rolle —, so liegt dieser Zusammenhang in l. 167 de R. J. nicht so unmittelbar zu Tage. Aber auch aus dieser Stelle läßt er sich ableiten, und haben wir ihn in dieser aufgedeckt, so gibt auch sie uns sofort beredte Auskunft über die Frage, wie bei Stipulationen der hier in Rede stehenden Art die Haftung des promissor für den Fall erfolglos gebliebener Rechtsübertragungshandlung beschaffen ist, worauf sie sich richtet und wie sie geltend zu machen ist.

Paulus verneint in l. 167 de R. J. die von jemandem aufgestellte oder als aufgestellt von ihm gedachte Behauptung, daß der durch die stipulatio aquam (also certam rem) dari begründeten Verpflichtung genügt sei, wenn der promissor den zur Bestellung der Servitut erforderlichen Rechtsakt, die in iure cessio, vorgenommen und diese nicht auch sogleich dem stipulator die Servitut verschafft habe. Diesem Gedanken leiht Paulus aber in Worten Ausdruck, die sich offenbar, nach der so überaus häufigen plastischen, die prozessualische Situation vergegenwärtigenden Anschauungsweise der römischen Juristen, an die Formel der condictio triticaria anlehnen. Die Frage, die er beantworten will, ist also die: kann man sagen, die intentio 'si paret aquam dare oportere' treffe noch zu, wenn vom Beklagten die servitus in iure cediert, aber aus irgend einem Grunde dem Kläger nicht sofort, 'eo tempore quo dentur', zur Entstehung gekommen ist; und die Antwort 'non videntur data' bedeutet: in diesem Falle ist das 'dare oportere' nach wie vor begründet. Nicht entfernt also dachte und konnte Paulus daran denken, hier eine allgemein giltige Definition des Wortes 'dare' in einem technischen Sinne zu geben; ebensowenig wie es etwa in der Absicht Ulpians (l. XXX ad edictum) in l. 1 § 16 depos. 16, 3 gelegen hat, eine spezifische Bedeutung des Wortes 'reddere' in der actio depositi zu definieren, wenn er sagt:

---

[1]) cf. ll. 74. 75 de V. O. 45, 1.

cum enim deterior redditur ⟨res⟩ potest dici dolo malo redditam non esse,

ihm also die technische Bedeutung von 'rem integram reddere' beizulegen, während er doch nur mittelst einer sich über jeden Sprachgebrauch kühn hinwegsetzenden „Auslegung" der Formelworte 'eamque redditam non esse' einem sonst durch die Formel nicht gedeckten Anspruch Schutz verschaffen will. Oder wollte Ulpian (l. IV ad edictum), wenn er in l. 1 § 5 de edendo 2, 13, genau in der Redewendung, wie Paulus in l. 167 de R. J., sagt:

edere non videtur, qui totam stipulationem non edit —

etwas anderes, als feststellen, daß bei einer unvollständigen Urkundenedition, obwohl sie doch in Wahrheit ein edere ist, im Hinblick auf die Worte der Formel der actio de edendo 'dolo malo non edidisse'[1]) die Kondemnationsbedingung bejaht werden müsse?

Hierin liegt, daß die Nichtverschaffung des Rechts hier, bei einer promittierten certa res, sofort mit der Vornahme des erfolglosen Rechtsaktes die Verpflichtung zur Surrogatleistung, die hier in dem 'quanti ea res est' besteht, auslöst. Die selbstverständliche Konsequenz davon ist, daß der iudex bei einer erhobenen condictio triticaria trotz der vom Beklagten als geschehen nachgewiesenen in iure cessio die intentio bejahen und den Verkäufer kondemnieren muß.

Von der Kehrseite gleichsam ist derselbe Gedanke von Ulpian in l. 75 § 10 de V. O. ausgesprochen. Sagt uns Paulus, unter welchen Voraussetzungen die Verpflichtung zur Surrogatleistung verwirkt sei, so gibt Ulpian an, welche Voraussetzungen zutreffen müssen, damit sie nicht verwirkt werde. Die Stelle enthält allerdings in ihrem vorliegenden Wortlaute nicht den ganz wesentlichen Hinweis auf das Erfordernis der sofortigen Wirksamkeit des Übertragungsaktes; er besagt nur, es müsse das Grundstück auf alle Weise, d. h. nichts anderes, als zu vollem Rechte, zu quiritischem und zu bonitarischem, das den Besitzerwerb einschließt, dem stipulator erworben sein. Aber nicht ohne Grund wird man vermuten dürfen, daß der Hinweis auf das vermißte Moment

---

[1]) Vgl. Lenel, Edictum perpetuum S. 53.

in der Stelle ursprünglich enthalten war. Die auffällige und zwecklose Wiederholung: 'omnimodo' — 'quoquomodo' erklärt sich wohl am besten durch die Annahme, daß an Stelle des 'omnimodo' bei Ulpian 'continuo'[1]) gestanden habe, was einmal bei der gleichen Zahl und der großen Ähnlichkeit der in beiden Worten enthaltenen Buchstaben durch ein Schreibversehen leicht erklärt werden kann, anderseits aber die Stelle in den vollkommensten Einklang mit l. 167 de R. J. bringen würde.

Daß in der Tat, wenn dem stipulator die Übertragung nicht das volle Recht an dem übertragenen Gegenstande brachte, er sofort die condictio triticaria anstellen konnte, ohne abzuwarten, ob der Rechtsmangel zu einer wirklichen Entziehung führen werde, zeigt deutlich Gaius l. sing. de casibus (l. 63 de cond. ind. 12, 6):

> Neratius casum refert, ut quis id quod solverit repetere non possit, quasi debitum dederit, nec tamen liberetur: velut si is, qui cum certum hominem deberet, statuliberum dederit. nam ideo eum non liberari, quod non in plenum stipulatoris fecerit, nec tamen repetere eum posse, quod debitum dederit.

Nach dem Rechte der emptio venditio würde, wenn es sich um einen verkauften Sklaven handelte, der Käufer, solange die Bedingung der Freilassung sich nicht zu Gunsten des Sklaven entschieden hätte, einen Anspruch gegen den Verkäufer nicht erheben und Eviktionsleistung erst nach Eintritt der Bedingung fordern können. Nach dem die condictio triticaria beherrschenden Rechte dagegen ist der Anspruch auf die Surrogatleistung, das quanti ea res est, sofort mit dem ihm das volle Recht nicht verschaffenden Übertragungsakte, der mancipatio, entstanden. Aus dieser Stelle ersehen wir, daß dieser Erfolg nicht nur bei völliger Erfolglosigkeit des Übertragungsaktes, sondern auch dann eintritt, wenn der Erfolg zur Zeit der mancipatio nur in der Schwebe ist, also doch infolge Fehlschlagens der Bedingung möglicherweise künftig eintreten kann.

---

[1]) So auch Gai. II, 204: continuo adquiritur. l. 6 § 2 de cond. ind. 12, 6: continuo liberari. l. 20 de opt. leg. 33, 5: res continuo eius fit. l. 193 de R. J. 50, 17 ac si continuo — heres extitisset.

Der Schlußsatz scheint einen Widerspruch zu enthalten: auf der einen Seite wird der Schuldner nicht befreit, weil die den vollen Erfolg nicht herbeiführende mancipatio das dare oportere nicht erlöschen läßt; anderseits wird dennoch dem Schuldner die condictio indebiti versagt, weil er mit der mancipatio ein debitum geleistet habe. Aber diese Entscheidung rückt, wie ich meine, die rechtliche Lage gerade in noch helleres Licht. Der Schuldner hat mit der mancipatio des Sklaven alles getan, was von ihm verlangt werden konnte; denn nur das zur Eigentumsverschaffung erforderliche und geeignete Handeln kann denkbarerweise den Gegenstand einer obligatio bilden; und darum kann er den mit ihr erreichten Erfolg nicht mittelst condictio indebiti rückgängig machen. Der Gewährleistungsanspruch, zu dessen Durchführung dem stipulator als solchem vor Eintritt der Freilassungsbedingung keine andere actio als die condictio triticaria zur Verfügung steht, ist von der selbständigen Voraussetzung abhängig, daß der Zweck der Obligationserfüllung nicht erreicht ist. Selbstverständlich darf der Gläubiger, wenn er das quanti ea res est fordert, den statuliber nicht behalten, und die Zurückgewährung wird er gewiß durch eine ihm officio iudicis auferlegte Verbalkaution haben sicherstellen müssen.[1])

[1]) Der Fall, daß ein auf Grund eines Stipulationsversprechens übertragener Sklave zur Zeit der Leistung statuliber ist, wird auch von Julian lib. LII digest. (l. 33 de solutt. 46, 3) erwähnt: Qui sibi aut Titio fundum dari stipulatus est, quamvis fundus Titio datus fuerit, tamen si postea evictus est, habet actionem, quemadmodum si hominem stipulatus esset et promissor statuliberum dedisset isque ad libertatem pervenisset. Daß hier für die dem stipulator gewährte actio eine bereits geschehene Entwehrung vorausgesetzt wird, begründet keinen Widerspruch mit l. 63 de cond. ind. Denn l. 33 cit. bezieht sich sicher nicht auf die condictio triticaria, sondern auf die actio auctoritatis, die sich an die von Julian zweifellos hier erwähnte mancipatio knüpfte. Dagegen ist sicher wiederum auf die condictio triticaria zu beziehen l. 131 § 1 de V. O. 45, 1. Scaevola l. XIII quaest.: Qui fundum sibi aut T° dari stipulatus, quamvis fundus T° traditus sit, nihilominus petere fundum potest, ut sibi de evictione promittatur: nam interest eius, quia mandati actione recepturus sit a T°: sed si donationis causa T^um interposuit, dicetur traditione protinus reum liberari. Der Gedankengang in der Stelle, in der Scaevola ohne Zweifel statt 'traditus' 'mancipatus', statt 'de evictione' 'secundum mancipium', statt 'traditione' 'mancipatione' geschrieben hatte, ist folgender: Wenn der

Weshalb der Anspruch auf Gewährleistung bei Nichteintritt des mit der geschuldeten Leistung bezweckten Erfolges bei der condictio triticaria so wesentlich anders und um so viel strenger gestaltet war, als bei emptio venditio? Dafür muß selbstverständlich ein ganz anderer Grund entscheidend gewesen sein, als für die Verschiedenheit der Gewährleistungspflicht des Käufers von der des Verkäufers,

promissor das Grundstück dem adiectus manzipiert hat, so ist damit dem Anspruch des stipulator noch nicht völlig genügt, weil durch die an den adiectus bewirkte mancipatio noch nicht der volle Rechtserfolg, für den der Schuldner einzustehen hat, beschafft ist. Zwar hat er, wenn, — wie wohl die Regel war, — zwischen ihm und dem adiectus ein Mandatsverhältnis bestand, in der a° mandati ein Mittel, sich das dem Titius erworbene Eigentumsrecht zu verschaffen, das ihm dieser durch Manzipation übertragen muß (vgl. l. 8 § 10 mand. 17, 1, wo statt des interpolierten 'tradere' wahrscheinlich 'mancipio dare' stand; vgl. meinen Besitzerwerb durch Dritte S. 8 f.). Aber dieses Eigentum würde, ihm übertragen, der Garantie entbehren; denn T^us^ ist als nur beauftragter adiectus ihm zu keiner Gewährleistung verpflichtet; er braucht darum dem Gläubiger nur H. S. nummo uno zu manzipieren (vgl. Girard, Manuel élém. de droit rom. p. 550 not. 3). Der Gläubiger hätte also im Falle einer Entwehrung des ihm von T^us^ manzipierten Grundstücks keine a° auctoritatis gegen T^us^, und dieser würde, weil selbst dem Gläubiger nicht verantwortlich, im Falle einer dem Gläubiger gegenüber eingetretenen Entwehrung keine a° auctoritatis haben, die er dem Gläubiger abtreten könnte. Deshalb gehört zu dem vollen Rechtserfolg, den der promissor in solchem Falle dem stipulator garantieren muß, der Erwerb der Garantie, die ihm, da die mancipatio ihm nicht direkt geleistet ist, nur durch ein Surrogat, die repromissio secundum mancipium verschafft werden kann. Ist sie ihm nicht geleistet, so ist es nach dem strengen Recht der condictio triticaria so gut, wie wenn das Grundstück überhaupt noch nicht manzipiert wäre; und die condictio kann sofort auf das volle quanti ea res est angestellt werden (fundum petere potest). Da dem Gläubiger in der Regel an dem Behalten des Grundstücks gelegen sein wird, so wird er, falls ihm vor der litis contestatio die repromissio secundum mancipium angeboten wird, sich gewiß hiermit meistens begnügen. Wenn nicht, so wird es zur Kondemnation auf 'quanti ea res est' kommen, nach vorgängiger, vom Kläger für Rückgewähr des Grundstücks zu leistender Kaution. — Alles das verhält sich natürlich, wie aus der Stelle unmittelbar hervorgeht, anders, wenn T^us^ das Grundstück als Geschenk behalten sollte. Hier hatte der schenkende stipulator kein eigenes Vermögensinteresse an Erlangung der Garantie; Titius aber war durch die ihm aus der Manzipation für ihn folgende actio auctoritatis gesichert.

von der oben S. 171 ff. die Rede war. Jener Grund liegt, wie ich glaube, in einem eigentümlichen, von Jhering [1]) zuerst entdeckten und in glänzender Durchführung beleuchteten Charakterzuge des ius civile, dem Gedanken der Konzentration des Rechtsgeschäfts. „Die glückliche Idee der Konzentrierung des Prozesses auf den Moment der litis contestatio findet an dem alten Rechtsgeschäft ihr Seitenstück. Wie der ganze Prozeß sich um diesen einen Punkt dreht und der Richter bei der Beurteilung des Streitverhältnisses weder frühere noch spätere Ereignisse ins Auge zu fassen hat, so ist auch für alle Fragen, welche sich auf die Voraussetzungen und Wirkungen des Rechtsgeschäfts beziehen, der Moment seiner Vornahme zum Normalpunkt gemacht. Auf diesen einen Punkt wird daher der ganze Tatbestand des Rechtsgeschäfts konzentriert, es versteinert sich in gleicher Weise wie das Streitverhältnis in der Gestalt, die es in diesem Moment an sich trägt, unempfänglich für alle Einwirkungen der Zukunft oder Nachwirkungen der Vergangenheit, ganz auf sich und seinen in ihm selbst zu Tage liegenden Inhalt beschlossen." Wie aus dieser Idee eine Reihe sonst rätselhafter Erscheinungen und auch die für uns in Frage stehende sich allein erklären läßt, so empfängt sie durch die Gestaltung der Garantie der stipulatio certae rei eine neue Bestätigung.

Bildet die Entstehung des Rechts auf Grund des geschuldeten Übertragungsaktes nicht zwar den Inhalt der obligatio des promissor, der ja stets nur in einem Handeln bestehen kann, sondern etwas, wofür der Schuldner Gewähr leisten muß, so erheischt es das Prinzip der Konzentration der Geschäftswirkungen, daß nur der im Moment der Vollendung des Rechtsaktes geschehene Eintritt des vollen Rechtserfolges und nur sein bedingungsloser Eintritt die Verwirkung der Garantiepflicht abwenden kann. Der Gläubiger braucht sich auf eine ihm das zum vollen Erfolg noch Fehlende vielleicht noch bringende Zukunft: — auf eine mögliche Ersitzung, den Eintritt oder das Fehlschlagen einer den Erfolg ins Ungewisse stellenden Bedingung, die Hoffnung, daß der Schuldner für dauernde Aufrechterhaltung

---

[1]) Geist des r. R. III 1 S. 143 ff.

des zunächst nur tatsächlich zu Gunsten des Gläubigers geschaffenen Zustandes sorgen werde u. s. w. — nicht vertrösten zu lassen.[1]) Es ist so gut, als hätte der Schuldner mit der vollen Erfüllung seiner Verpflichtung noch nichts geleistet, wenn der Gläubiger im Moment der Leistung auch das geringste an dem zu garantierenden Erfolge zu vermissen hat.

Das von der bona fides beherrschte Recht hat dieses Prinzip der Konzentration preisgegeben, und darum gestaltet es auch die Gewährleistungspflicht bei emptio venditio in der bekannten, oben geschilderten Weise, bei der die Verwirkung der Gewährleistungspflicht für unabsehbare Zeit in der Schwebe bleiben kann. Allerdings kann auch der Verkäufer nach dem System der emptio venditio unter Umständen auch ohne eine erfolgte Entwehrung von einer Haftung wegen nicht entstandenen Eigentumsrechts betroffen werden; diese ist aber der emptio venditio nicht, wie dem Rechte der condictio triticaria, immanent; sie bedarf ihrer besonderen Rechtfertigung aus den konkreten Umständen im Hinblick auf die Forderungen der bona fides.[2]) —

Auch auf dem Gebiete des ius civile freilich muß der Gedanke der Konzentration durch denselben Satz, der ihn

---

[1]) Eben darum scheint es mir nicht unzweifelhaft, ob die Garantiepflicht aus der mancipatio, die doch erst mit geschehener Eviktion verfiel und damit vollständig aus dem eben geschilderten Charakter des alten ius civile herausfiel, sich ohne jede Vermittlung durch eine bedingte Stipulation (deren Anerkennung auch das ältere Recht sich nicht entziehen konnte; vgl. Jhering a. a. O. S. 156 ff.; — die von Bechmann, Der Kauf I S. 142 versuchte Herleitung aus einer stillschweigenden Zusage halte ich für völlig unvereinbar mit dem Charakter des alten ius civile —) an die mancipatio angeknüpft hat. Oder sollte vielleicht in einer über unser historisches Wissen hinausgehenden Periode auch die a° auctoritatis ohne die Voraussetzung einer Eviktion bei nicht sofortiger Erlangung des quiritischen Rechts für den Käufer entstanden sein? — [2]) Vgl. besonders l. 30 § 1 de a. a. o. 19, 1. Africanus l. VIII quaest.: Si sciens alienam rem ignoranti mihi vendideris, etiam priusquam evincatur, utiliter me ex empto acturum putavit in id, quanti mea intersit meam esse factam: quamvis enim alioquin verum sit venditorem hactenus teneri, ut rem emptorem habere liceat, non etiam ut eius faciat. quia tamen dolum malum abesse praestare debeat, teneri eum qui sciens alienam, non suam ignoranti vendidit: id est (et?) maxime, si manumissuro vel pignori daturo vendiderit.

auf dem des Prozesses allmählich abschwächte, den Satz: 'omnia iudicia absolutoria esse' auch für Rechtsgeschäfte insoweit eine Milderung erfahren haben, als, wenn der fehlende Rechtserfolg der Erfüllungshandlung nachträglich vor dem Urteil auf irgend einem Wege (z. B. infolge einer später vollendeten Usukapion oder von Verzehrung des Empfangenen in gutem Glauben) eingetreten war, der zur Zeit der Anstellung begründeten condictio der Boden entzogen war und Freisprechung erfolgen mußte.[1])

Noch in anderer Richtung mußte das streng formelle Recht der condictio triticaria den materiellen Gesichtspunkten sich fügen. Diese condictio war, wie sich aus der ganzen vorangegangenen Ausführung ergibt, nicht etwa, wie die a° auctoritatis und die Klage aus der promissio secundum mancipium oder der stipulatio duplae, ein spezifisches Mittel zur Durchführung der Garantie für den Erfolg einer geschuldeten Leistung. Sie ist ihrem ersten Zweck nach eine auf Erfüllung gerichtete actio; man übertrug ihr aber die Funktion einer Gewährleistungsklage, indem man die auf 'dare oportere' lautende intentio, entsprechend dem hier regelmäßig angestrebten Zweck des dauernden, unwiderruflichen Erwerbes der Sache, im Sinne eines von Rechtserfolg begleiteten Gebens auslegte, und ein in jeder sonstigen Beziehung korrektes Geben, wenn es des Erfolges entbehrte, pro nihilo achtete. Wenn nun aber nach dem der stipulatio certae rei zu grunde liegenden Kausalverhältnis jede Entwehrungspflicht ausgeschlossen war, der Verkäufer z. B. bei einer ihr unterliegenden emptio venditio sich Freiheit von Eviktionspflicht ausbedungen hatte, so wird der nach vollzogener, aber rechtlich erfolglos gebliebener Leistung mit condictio triticaria belangte Verkäufer sicher die in ihr enthaltene, noch viel weiter gehende Gewährleistungspflicht mittelst exceptio doli haben abwenden können.

Mit der in der Haftung aus der condictio enthaltenen Garantiepflicht ferner konkurrierte bei einer promittierten

---

[1]) Auch außerhalb des Obligationenrechts hat sich das Prinzip der Konzentration bis in das justinianische Recht hinein erhalten, in dem z. B. die regula Catoniana, sofern nicht ein bedingtes Legat in Frage, noch in Geltung stand.



res mancipi stets die actio auctoritatis, wenn die manzipierte Sache evinziert und nicht etwa zur Abwendung der Garantiepflicht H. S. nummo uno manzipiert war. Sicherlich wird der Verkäufer, wenn er der aus der mancipatio selbst folgenden Garantiepflicht genügt hatte, mit der condictio triticaria belangt, durch exceptio doli sich haben schützen und überhaupt, mit der einen oder andern actio in Anspruch genommen, sich der üblichen Mittel zum Schutze der Doppelverurteilung haben bedienen können. Und das gleiche muß natürlich von einer Konkurrenz der condictio triticaria mit der actio aus der stipulatio duplae und mit der actio ex empto gegolten haben. —

V.

Erklärung der l. 16 de cond. c. d. 12, 4 und ihres Widerspruchs mit l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5.

Kehren wir nunmehr zu unserm Ausgangspunkte, zu l. 16 de cond. c. d. 12, 4 zurück, so ergibt die Nutzanwendung des im Vorangegangenen über die Bedeutung von 'dare' Gefundenen, daß wir dieses Wort in unserer Stelle nur in dem gewöhnlichen Sinne von Geben, Gewähren, Verschaffen verstehen dürfen, und daß demnach eine aus einer angeblichen spezifischen Bedeutung von 'dare' herzuleitende Verschiedenheit der in l. 16 cit. und in l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5 behandelten Tatbestände mit nichten besteht.

Wenn also Paulus das nämliche Geschäft, dem Celsus den Charakter der emptio venditio — nicht ohne Bedenken freilich — absprechen zu sollen glaubt, unbedenklich für emptio venditio erklärt, so kann der hierin offenkundige Widerspruch zwischen beiden Juristen nur in einer Verschiedenheit der Rechtsauffassung gesucht werden.

Deren Grund ist nunmehr zu ermitteln. Das hat seine Schwierigkeiten, weil l. 16 cit. sicher mit Rücksicht auf die von Celsus in seinem Falle vorausgesetzte mancipatio an mehreren Stellen interpoliert sein muß, die Frage aber, in welchem Umfange das geschehen, einerseits erst auf Grund eines vollen Verständnisses des Gedankengangs von Celsus beantwortet werden, dieses aber wiederum sich nur auf einen auf seine ursprüngliche Gestalt zurückgeführten Text gründen könnte.

Da aber auf der einen Seite die Tatsache einer an der Stelle überhaupt vorgenommenen Interpolation aus der Natur des einen der beiden Gegenstände des Geschäfts (servus Stichus) mit Sicherheit diagnostiziert werden kann, und uns anderseits das Recht der mancipatio bis zu einem gewissen Grade bekannt ist, so ist unser Unternehmen keineswegs aussichtslos, und wir werden, auch wenn wir auf beiden Seiten für gewisse Punkte mit Hypothesen operieren müssen, doch, falls sich eine Harmonie zwischen beiden ergeben sollte, das Ergebnis als ein annehmbares gelten lassen dürfen.

Um zum Ziele zu gelangen, erscheint mir nun folgende Methode empfehlenswert.

Wenn Celsus für den von ihm besprochenen, von Paulus richtig als emptio venditio charakterisierten Tatbestand bei Unterstellung einer mancipatio des für das Geld zu gewährenden Sklaven das Vorhandensein einer emptio venditio leugnet, obwohl zweifellos zu seiner Zeit die bloße Vereinbarung des Austausches von Geld gegen Sache ohne mancipatio als bindend längst anerkannt war, so können von seinem Standpunkte aus die rechtlichen Folgen einer solchen Vereinbarung keine andern gewesen sein als zu einer Zeit, in der ein Kauf in bindender Weise nicht anders als in Form der mancipatio geschlossen werden konnte. Denn es ist offenbar einerlei, ob die der intendierten mancipatio vorausgehende Vereinbarung des Austausches aus einem allgemeinen, die bindende Kraft einer solchen außerhalb des Manzipationsaktes selbst gelegenen Abmachung ausschließenden Rechtsgrunde, oder nur mit Rücksicht auf einen besondern, nur einer bestimmten Art solcher Vereinbarungen die Anerkennung versagenden Rechtssatz der Gültigkeit entbehrte.

Wir werden daher mit einem gewissen Grade von Sicherheit die rechtlichen Konsequenzen dieses uns vorläufig unbekannten, für Celsus bestimmend gewesenen Rechtssatzes feststellen können, wenn wir uns die rechtlichen Folgen vor Augen führen, die eine Vereinbarung der von Celsus behandelten Art für eine Zeit der ausschließlichen Herrschaft des Manzipationskaufes gehabt haben muß. Die weitere Aufgabe wird es dann sein, einen Rechtssatz zu

finden, der die Beschränkung auf diese Wirkungen auch für die Zeit der als bindend anerkannten emptio venditio für Celsus rechtfertigen mußte.

Welche Konsequenzen also — so haben wir zunächst zu fragen — ergeben sich aus dem von Celsus behandelten Tatbestande nach dem Rechte, das zur Zeit der Herrschaft des durch Manzipation zu vollziehenden Realkaufes nach Einführung des Münzgeldes gegolten haben muß, sofern wir uns zugleich das Kondiktionensystem als voll entwickelt vorstellen?

Titius — so liegt unser Fall — hat dem Seius die Übertragung des Sklaven Stichus für eine vereinbarte Geldsumme versprochen. Dieses Versprechen ist im Sinne einer Übertragung zu voller, unwiderruflicher Herrschaft zu verstehen. Diese erheischt aber die Form der mancipatio, bei der übrigens bekanntlich dem Verkäufer nur eine passive Rolle zufällt. Eine irgendwie geartete Besprechung und Vereinbarung über die vorzunehmende Übertragung, über die Sache, den Preis u. s. w. mußte selbstverständlich jeder Manzipation vorausgehen. Es wäre etwas völlig Undenkbares, daß, wer einen Sklaven oder ein Grundstück u. s. w. erwerben wollte, etwa mit einem Gefolge von fünf Zeugen und einem die Wage haltenden libripens den Eigentümer, in der Hoffnung auf sein Einverständnis mit der Rede: 'hunc ego hominem meum esse aio etc.' plötzlich überfallen haben sollte. Eine solche Vereinbarung bedeutet für sich allein rechtlich noch nichts; — die heutzutage herrschende Terminologie würde sie vielleicht als einen nicht klagbaren Vorvertrag zu einem Realkauf bezeichnen. Rechtliche Wirkungen erzeugt erst das beiderseitig vollzogene Geschäft, also die mancipatio, — ob nur in Verbindung mit der traditio oder auch schon ohne diese, das kann als für unsern Fall unerheblich dahingestellt bleiben. Hätte also der eine Teil den Preis bezahlt, der andere aber die erwartete mancipatio verweigert, so könnte jener sie ebensowenig fordern, wie der Manzipant auf den Preis klagen könnte, auch wenn er die Sache tradiert hätte. Der halbe Vollzug ist nicht etwa als Teilvollzug zu betrachten. Er kann wohl durch Vollzug von der andern

Seite zu einem vollgiltigen *συνάλλαγμα* ergänzt werden; aber weder gegen den, der geleistet, noch gegen den, der empfangen hat, ist ein Rechtszwang zur Gegenleistung oder zur Annahme der ihm angebotenen Gegenleistung möglich. Wer empfangen hat, der hat das Empfangene ohne rechtlichen Grund und kann einerseits die Gegenleistung verweigern, anderseits von dem andern zur Rückgabe des sine causa in seine Hand Geratenen genötigt werden.

Setzen wir mit Celsus den Fall, der Sklave wäre gestorben; dann würde der Käufer sein Geld zurückfordern können, mit condictio c. d. c. n. s. Von einer ihm aufzubürdenden Gefahr kann keine Rede sein; eine solche trifft den Käufer nur bei einer bindenden emptio venditio, die nach unserer Voraussetzung vom Rechte noch nicht anerkannt war.

Nehmen wir ferner — unabhängig von den weiteren von Celsus gesetzten Fällen — an, der Verkäufer habe den Sklaven dem Käufer nur tradiert, und nicht auch, wie dieser erwartete, manzipiert. Auch dann würde er, gleichviel ob der Sklave im Eigentum des Verkäufers steht oder nicht, sein Geld kondizieren können. Solange die Manzipation nicht erfolgt, ist der Kauf auch trotz geschehener Tradition und Preiszahlung nicht vollzogen, und ein Anspruch auf Vollzug besteht nicht. Die condictio ist sofort begründet, wenn die Manzipation zu der Zeit, da sie erwartet werden durfte, unterblieb, und da mancipatio Zug um Zug gegen die Zahlung des Preises ausgemacht war, so ist der Anspruch auf Zurückzahlung sofort entstanden.

Selbstverständlich steht es in der Hand des Käufers, ob er die ihm nachträglich angebotene Manzipation sich gefallen lassen will, — was er natürlich, wenn er den Mangel des Eigentumsrechts in der Person des Verkäufers kannte, nicht tun wird. Aber es ist auch lediglich dem Belieben des Verkäufers überlassen, ob er dem Käufer nachträglich Manzipation anbieten oder seinem auf deren Nachholung gerichteten Verlangen stattgeben will. Erfolgt sie noch nachträglich, dann ist jetzt der Kauf unwiderruflich für beide Teile vollzogen. Ein Kondiktionsanspruch steht jetzt dem Käufer auch dann nicht mehr zu, wenn sich die Sache alsbald als

dem Verkäufer nicht gehörig erweisen sollte; er ist lediglich auf die eine wirkliche Entwehrung voraussetzende a° auctoritatis angewiesen.

VI.
Fortsetzung.

Wir wollen nun, ausgerüstet mit der Kenntnis der von unserem hypothetisch eingenommenen Standpunkte entwickelten Rechtssätze, dem Gedankengange des Celsus mit kritischem Blicke Schritt für Schritt folgen, und untersuchen, inwieweit sich unsere Voraussage bewährt, daß die von Celsus gegebenen Entscheidungen mit den soeben entwickelten Folgerungen aus einem Rechte, das die emptio venditio noch nicht als Konsensualkontrakt kennt, übereinstimmen müssen.

Auch in dem Fall unserer Stelle hat Titius dem Seius gezahlt, in der Erwartung, der andere werde nun seine passive Assistenz zu der zugesagten mancipatio leisten. Alles ist vielleicht schon vorbereitet, die Zeugen und der libripens mit seinem Apparat sind zur Stelle; aber der Empfänger des Geldes läßt den vertrauensseligen Käufer stehen und geht mit dem Gelde auf und davon, oder erklärt, er behalte das Geld zur Ausgleichung für eine andere ihm gegen den Käufer zustehende Forderung. Vielleicht auch hinderte nur ein vom Verkäufer nicht verschuldeter Umstand — plötzlich eingetretene Erkrankung des Verkäufers oder eines Zeugen u. s. w. — die Durchführung des Manzipationsaktes.

Der Käufer — sagt Celsus — hat keinen weiteren Anspruch als den auf Rückzahlung des Geldes:

> 'nulla hic alia est obligatio quam ob rem dati re non secuta.'

Genau das nämliche ist bei uns Rechtens, wenn jemand formlos ein Grundstück gekauft, dem vor dem Grundbuchamt erschienenen Verkäufer, bevor dieser die Eintragungsbewilligung und Auflassungserklärung erteilt, den Preis bezahlt, und der Verkäufer sie unter Zurückbehaltung des Geldes ablehnt.[1])

[1]) BGB. § 313: Ein Vertrag, durch den sich der eine Teil verpflichtet, das Eigentum an einem Grundstücke zu übertragen, bedarf



2. Keine weitergehenden Ansprüche hat der Käufer natürlich, wenn der Sklave vor der mancipatio gestorben ist:

'et ideo, si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut Stichum dares.'

3. Celsus setzt nun den Fall, daß Titius den Sklaven dem Seius gegen Empfang des Geldes tradiert hat. Auch hier spricht er dem Zahlenden nur die condictio zu, mit der Begründung: weil er ihm nicht das Eigentum verschafft habe.

Lenel[1]) emendiert für 'tradidisse': 'mancipasse'. Das ist vollkommen unmöglich. Hätte der Verkäufer manzipiert, so wäre das Geschäft von beiden Seiten vollzogen und trotz des fehlenden rechtlichen Erfolgs des Übertragungsaktes für beide Teile unwiderruflich geworden. Wegen Nichtverschaffung des Eigentums aber könnte der Käufer nach einer geschehenen Entwehrung mit der a° auctoritatis Eviktionsleistung fordern.

Celsus hat also gewiß 'tradidisse' wirklich geschrieben. Er meint: wenn der Verkäufer, statt zu manzipieren, nur tradiert hätte, so würde ein wesentliches Stück zum Vollzuge fehlen, und der Käufer kann darum kondizieren. Diese Auffassung verlangt aber die Annahme einer doppelten Interpolation, die sich indes auch aus äußeren Symptomen sehr wahrscheinlich machen läßt.

Der hier unterstellte Gedanke des Celsus hätte eine besondere Betonung, daß nur traditio und nicht auch mancipatio erfolgt sei, erwarten lassen. In der vorliegenden Fassung der Stelle ist sie zu vermissen; aber sie war in ihr enthalten, und zwar, wie ich glaube, in einem 'tantum', das ursprünglich an Stelle des 'tamen' stand. Und zwar beruht diese Veränderung wahrscheinlich nicht auf einem Schreibfehler, sondern auf Absicht.

Vom Standpunkte des justinianischen Rechtes war ja mit der traditio alles was zur Übertragung des Eigentumsrechts vom Verkäufer zu verlangen war, geleistet; ein durch

---

der gerichtlichen oder notariellen Beurkundung. Ein ohne Beobachtung dieser Form geschlossener Vertrag wird seinem ganzen Inhalte nach giltig, wenn die Auflassung und die Eintragung in das Grundbuch erfolgen.

[1]) Palingen. I p. 140 not. 1.

das Wort 'tantum' angedeuteter Hinweis auf die unterbliebene mancipatio war für das justinianische Recht sinnlos geworden. Freilich brachten die Kompilatoren mit der Unterschiebung von 'tamen' an die Stelle des 'tantum' eine in diesem Zusammenhang durch nichts gerechtfertigte Antithese zu dem Vorangehenden in die Worte des Celsus hinein. Was sollte die scharfe Gegenüberstellung ('sed tamen') der Tatsache, daß der Sklave nicht dem Verkäufer gehörte, und der, daß er den Sklaven tradierte. Wenn jemand selbst wissentlich einen fremden Sklaven verkauft, so nimmt er doch gewöhnlich auch keinen Anstand, ihn zu tradieren; das braucht nicht als etwas ganz Unerwartetes besonders hervorgehoben zu werden. Und auch dieses Moment spricht für die Interpolation: das unmotivierte 'tamen' erklärt sich nur als das Ergebnis einer ungeschickten Textänderung.[1])

Eine zweite Interpolation in diesem Satze hat, wie ich für so gut wie sicher ansehe, die Worte 'accipientis non feceris' in die Stelle gebracht. Dafür spricht ein innerer und ein äußerer Grund. Jener liegt darin, daß die Begründung der condictio: der den fremden Sklaven übertragende Verkäufer habe den Käufer nicht zum Eigentümer gemacht, — eine gar zu große Trivialität gewesen wäre, die man dem Celsus schlechterdings nicht zutrauen darf. — Ein äußeres Symptom besteht darin, daß der als redend eingeführte Käufer mit den Worten 'accipientis non feceris' von sich in der dritten Person redet, während die Worte 'meum non feceris' erwartet werden mußten. Diese ungewöhnliche Ausdrucksweise erklärt sich, wenn die Kompilatoren nach einem vielleicht einmal angenommenen allgemeinen Interpolationsrezept die Worte 'accipientis feceris' schablonenmäßig an Stelle eines andern, notwendig zu beseitigenden, gesetzt hätten; und dieses war das Wort: 'mancipaveris' oder 'mancipio dederis': hatte der Verkäufer wohl tradiert, aber die mancipatio unterlassen, so war es wiederum für die Frage der Wirksamkeit des ganzen geschäftlichen Tatbestandes so, als wäre überhaupt noch nichts geschehen.

[1]) So z. B. auch Gaius II, 41: nam si tibi rem mancipi neque mancipavero neque in iure cessero, sed tantum tradidero. 204: nam si mancipi rem tantum tradiderit nec mancipaverit.



4. Celsus setzt endlich den Fall, daß der Sklave im Eigentum des Verkäufers steht und nicht 'pro evictione' promittieren will. Zweifellos fehlt etwas in der Schilderung des hier vorausgesetzten Tatbestandes. Denn läge nichts weiter vor, als ein klagloser Vertrag über den Austausch von Geld gegen eine zu manzipierende Sache und die Vorleistung des Preises, so würde eine Eviktionsstipulation völlig in der Luft schweben. Einen Schritt zum Vollzug mußte also der Verkäufer bereits getan haben. Dieser kann aber nicht in der Manzipation bestanden haben; denn ihr wäre die Garantiepflicht immanent gewesen. Also kann es nur die Tradition gewesen sein, die ja bei Erörterung des unmittelbar vorher behandelten Falles bereits ausdrücklich von Celsus erwähnt war. Wir dürfen die dort ausgesprochene Voraussetzung ('te tantum tradidisse') auch hierher ziehn, — vielleicht soll das Wort 'rursus' das sagen —, wenngleich eine peinliche Stilisierung die Voranstellung des 'tantum tradidisse' vor die beiden mit 'finge' eingeleiteten Fälle als eines beiden gemeinsamen Tatbestandsmoments erheischt haben würde. Auch so freilich haben die Worte 'pro evictione promittere non vis' keinen Sinn. Denn auch dann fehlt es an einer emptio venditio als Basis für eine stipulatio duplae; und der Käufer brauchte sich auch mit dieser nicht statt der erwarteten mancipatio abfinden zu lassen. Celsus hat also gewiß nicht 'pro evictione eius promittere', sondern 'mancipare' geschrieben.[1]) Auch so würde freilich nach den Worten der Schein entstehen, als ob der Verkäufer das Recht hätte, noch nachträglich die Verpflichtung zur Rückzahlung des Geldes durch Anbieten der mancipatio abzuwenden. Aber entweder ist der Satz 'et mancipare non vis' auf den Moment zu beziehen, in welchem das Geld hingegeben und sofortiger Vollzug der mancipatio erwartet wurde; oder Celsus setzt den Fall, daß der Käufer auch nachher noch an dem Kaufe festzuhalten und auch mit der nachträglichen mancipatio sich zufriedenzugeben bereit ist, obwohl er nach den obigen Ausführungen, wenn die mancipatio der

[1]) Das vermutet auch Lenel, Palingen. I p. 40 not. 2; diese Konjektur erscheint aber mit dem von ihm vorher an Stelle des 'tradidisse' vermuteten 'mancipasse' nicht vereinbar.

Zahlung nicht auf dem Fuße gefolgt ist, an der Vereinbarung durch nichts festgehalten werden kann.[1])

Der eigentliche, von allen durch die Kompilatoren bewirkten Entstellungen gereinigte Gedankengang des Celsus — im Gegensatz zu dem verworrenen Gerede der Kompilatoren — wird sich klar ergeben, wenn wir die Stelle uns nach Maßgabe der angedeuteten Konjekturen in ihrem Zusammenhange vor Augen führen:

> Dedi tibi pecuniam, ut mihi Stichum [*mancipio?*] dares: utrum id contractus genus *proportione*[2]) emptionis et venditionis est an nulla hic alia obligatio est, quam ob rem dati re non secuta? in quod proclivior sum: et ideo si mortuus est Stichus, repetere possum, quod ideo tibi dedi, ut mihi Stichum dares. finge alienum esse Stichum, sed te eum *tantum* tradidisse: repetere a te pecuniam potero, quia hominem non *mancipaveris*: et rursus, si tuus est Stichus et *mancipare* eum non vis, non liberaveris, [*ut non prohibear*] quominus a te pecuniam repetere possim.

So steht denn die Stelle in voller Harmonie mit dem Rechte, das sich uns aus der Betrachtung der Konsequenzen des Rechtes des reinen realen Manzipationskaufes ergeben hatte. —

Daß ich den Gedanken an rerum permutatio und die aus ihr entspringende a° praescripti verbis in factum civilis völlig beiseite gelassen habe, das findet darin seine Rechtfertigung, daß nach der in l. 5 § 1 de praescr. v. 19, 5 von Paulus gegebenen klaren Bestimmung des Tatbestandes der permutatio eine solche niemals vorliegen kann, wenn es sich, wie hier, um die Zahlung einer in genere versprochenen Geldsumme handelt. Celsus würde auch sicher, wenn er die Unterstellung des Geschäfts unter diese Vertragskategorie für möglich gehalten hätte, das zu erwähnen nicht verfehlt haben.

---

[1]) Die Wendung 'non liberaberis, quominus — — — possim' ist sprachlich etwas ungewöhnlich, aber doch wohl verständlich, wenn man sich vorstellt, daß Celsus dabei an die aus dem 'non liberari' sich ergebende, nicht ausgesprochene notwendige Konsequenz gedacht hat: 'ut non prohibear', und wenn man sich die Worte 'quominus — possim' an dieses unterdrückte Verbum des Verhinderns angereiht denkt. —
[2]) Vgl. S. 190 Anm. 1.



VII.

Eine Hypothese über die geschichtliche Entwicklung der emptio venditio.

Es fragt sich nun endlich, welcher Grund denn Celsus bestimmt haben könnte, der Vereinbarung, die von Paulus vorbehaltlos als emptio venditio anerkannt ist, die Anerkennung als solcher zu versagen.

Hierbei ist zunächst darauf aufmerksam zu machen, daß Celsus selbst an emptio venditio in erster Linie gedacht hat, oder wenigstens an einen ihr ähnlichen Kontrakt.

'utrum id contractus genus proportione emptionis et venditionis est — —',

d. h. ob dieses eine der emptio venditio analoge Art von Kontrakt ist[1]); und daß er diesen Gesichtspunkt nicht etwa kategorisch ablehnt, sondern sich der Ablehnung nur geneigter (proclivior) erklärt. Hier wird der Schluß gestattet sein, daß zur Zeit des Celsus die Fortentwicklung des Kaufes zur völlig formlosen emptio venditio noch im Flusse, seine Emanzipation von der mancipatio zwar schon vollendet, aber doch noch irgend ein Moment für sie erfordert gewesen sein müsse, das in den Quellen nicht mehr als notwendige Voraussetzung des bindenden Konsensualkaufes hervortritt und den späteren Juristen, namentlich auch Paulus, nicht mehr als notwendig gilt.

Und dieses Moment bin ich geneigt in der althergebrachten Form von Frage und Antwort: 'Fundus ille estne mihi emptus? Est' zu sehen.[2]) Käufe von dieser Form finden sich bekanntlich in großer Zahl in den Quellen, und schon bei Plautus erwähnt.[2]) In diese Form wird, so denke ich mir, herkömmlicherweise das Resultat der Präliminarien,

---

[1]) Die Worte 'pro portione' = „im Verhältnis", „nach Verhältnis" geben keinen Sinn. Es muß offenbar 'proportione' heißen, d. h. „nach Analogie der emptio venditio". Vgl. A. Gellius II, 25. XV, 9, 4 und andere Stellen bei Forcellini, thes. s. v. 'proportio'. — [2]) Vgl. die Stellen bei M. Voigt, Ius nat. III S. 191 Anm. 244—246. Derselbe, Röm. Rechtsgesch. I (1892) S. 645 ff. Pernice, Labeo I S. 458 u. Anm. 16.

des unumgänglich notwendigen[1]), aber unverbindlichen „Vorvertrages“ zu der mancipatio zusammengefaßt worden sein; und die Entwicklung der emptio venditio hat sich vielleicht gerade in der Weise vollzogen, daß man die ursprünglich selbst den Kauf ausmachende, später zu einer bloßen Nachahmung eines wirklichen Kaufes gewordene mancipatio schließlich als ein überflüssiges und überdies die Bedürfnisse des Kreditverkehrs nicht deckendes Glied aus der Gesamtheit der Kaufverhandlungen abstieß und den rechtlichen Schwerpunkt in jenes bis dahin rechtlich bedeutungslos und unverbindlich gebliebene Moment verlegte; — eine ähnliche Entwicklung, wie sie auch anderwärts wahrzunehmen ist, z. B. in der Ausbildung der Senatsgesetzgebung und dem Versiegen der Komitialgesetzgebung auf Grund der immer wachsenden Accentuierung der Bedeutung der ursprünglich nur eine Vorbereitung des Volksgesetzes bildenden Vorberatung im Senate —; ähnlich ferner, wie das allmähliche Zurücktreten des Senatsschlusses hinter den kaiserlichen Antrag zur Abfassung eines Senatusconsultum (‘oratio’) als Ausgangspunkt der kaiserlichen Gesetzgebung; ähnlich vielleicht auch der allmählichen Verdrängung der mündlichen Stipulation durch die referierende Stipulationsurkunde, wobei nur das ursprünglich unverbindliche Stück des geschäftlichen Tatbestands dem rechtlich allein erheblichen Momente nicht wie bei der mancipatio vorausging, sondern nachfolgte.

Bildete so vielleicht das Erfordernis der Form von Frage und Antwort ein Durchgangsstadium in dem Übergange von der, für res mancipi zum Erwerb des quiritischen Rechts ja nach wie vor erforderlich bleibenden mancipatio zum formlosen Konsensualkauf, so liegt die Annahme nicht fern, daß auch zu Celsus' Zeit die emptio venditio sich von dieser Form noch nicht völlig emanzipiert hatte, sodaß er noch Bedenken trug, eine gänzlich formlose und nicht etwa zur Herstellung einer Bindung für die Zukunft, sondern im Hinblick auf eine unmittelbar zu vollziehende mancipatio getroffene Vereinbarung des Austausches einer Sache gegen Geld — vermöge einer Art Konversion — als bindenden Vertrag,

---

[1]) Vgl. oben S. 153 f. 183 f.

als ein kaufartiges Geschäft (proportione emptionis et venditionis) anzuerkennen.[1]) —

Ein strenger Beweis für die Annahme, daß die erwähnte Form nicht bloß seit alter Zeit üblich, sondern auch in einer der Ausbildung des reinen, formlosen Konsensualkaufs vorausgehenden Periode Voraussetzung der bindenden Kraft des Konsensualkaufs gewesen sei, läßt sich freilich nicht erbringen. Aber die Häufigkeit des Auftretens jener Form und die Erwägung, daß der völlig unvermittelte Übergang von dem strengen Formalismus der mancipatio zu der völligen Formlosigkeit der emptio venditio, wie sie uns später entgegentritt, in einer so frühen Zeit wie die, in welche die

[1]) Die Vermutung, daß die Klagbarkeit der emptio venditio bei den Römern in einem früheren Entwicklungsstadium einmal durch die Form von Frage und Antwort bedingt gewesen sei, hat auch Bechmann, Der Kauf I S. 462 ff., wenn auch zögernd, ausgesprochen. Inwieweit auch M. Voigt dieser Meinung ist, das läßt sich aus seiner Darstellung (Ius nat. III S. 191 ff. Röm. Rechtsgesch. I S. 645 f. nicht bestimmt ersehen. Gegen die Ansicht, daß jene Form eine verflüchtigte Manzipation (— auch M. Voigt, Röm. RG. I S. 646 bezeichnet sie noch als eine der Manzipationssolennität entlehnte Wechselrede —) oder eine abgeschwächte Stipulation gewesen sei, spricht sich Bechmann a. a. O. mit Recht aus. Aber ich möchte in ihr auch nicht mit Bechmann eine „ursprünglich" etwa zu irgend einer Zeit für die emptio venditio besonders erfundene Form vermuten, sondern halte sie, wie im Texte angedeutet, für einen zu selbständiger Bedeutung erwachsenen Tatbestand, der die mancipatio aus in der Sache gelegenen Gründen stets begleiten mußte und begleitete, ohne jedoch zu ihrer formellen Giltigkeit rechtlich erfordert zu werden. — Ist nicht vielleicht auch die Stipulation nichts anderes als der zu selbständiger Kraft erwachsene Überrest des bei dem nexum üblichen Vorganges gewesen, bei dem eine zweiseitige Abrede über das, was den Inhalt des abzuschließenden nexum bilden sollte, als Vorbereitung zu dem eigentlichen solennen Rechtsakte doch ebensowenig wie bei dem Manzipationskauf entbehrt werden konnte? Dann wäre vielleicht diese in eine prägnante Formel zusammengefaßte Präliminarabrede bei mancipatio und nexum nichts anderes als die 'nuncupatio' gewesen, von der die XII Tafeln sagen: 'cum nexum faciet mancipiumque uti lingua nuncupassit ita ius esto.' Dieser Satz hätte dann den Inhalt des „Vorvertrages" als für das nexum maßgebend erklärt, ähnlich wie man später sagte: 'pacta conventa inesse bonae fide iudiciis' (l. 7 § 5 de pact. 2, 14. Ulpian l. IV ad edictum. l. 27 de R. J. 50, 17. Pompon. l. XVI ad Sab.). — Das sind freilich etwas kühne Hypothesen, die aber doch vielleicht nicht geringeren Schein für sich haben, als alle anderen bisher geäußerten.

Ausbildung des Konsensualkaufs zu verweisen ist, wenig Wahrscheinlichkeit für sich habe, dürfte für jene Annahme sprechen; und von einem andern Standpunkte aus vermag ich mir die Entscheidung des Celsus und seinen Gegensatz zu Paulus nicht zu erklären.

VI.

Bemerkungen zu Dig. 40, 7, 29 § 1 (Pomponius ad Q. Mucium).

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**

in Bonn.

Q. Mucius scribit: Paterfamilias in testamento scripserat: „si Andronicus servus meus heredi meo dederit decem[1]*), liber esto.“ Deinde de his bonis coeperat controversia esse; qui se lege heredem aiebat esse, is eam hereditatem ad se pertinere dicebat, alter, qui hereditatem possidebat, aiebat testamento se heredem esse. Secundum eum sententia dicta erat, qui testamento aiebat se heredem esse. Deinde Andronicus quaerebat, si ipsi viginti dedisset, quoniam secundum eum sententia dicta est, futurusne esset liber, an nihil videatur sententia qua vicit ad eam rem valere. Quapropter si viginti heredi scripto dedisset et res contra possessorem iudicata esset, illum in servitute fore.*

Labeo hoc, quod Q. Mucius scribit, ita putat verum esse, si re vera lege ab intestato heres fuit is qui vicit; nam si iniuria iudicis victus esset scriptus verus heres ex testamento, nihilominus eum paruisse condicioni ei dando et liberum fore.

Sed verissimum est, quod et Aristo Celso rescripsit, posse dari pecuniam heredi ab intestato, secundum quem sententia dicta est, quoniam lex XII tabularum emptionis verbo omnem alienationem complexa videretur; non interesse, quo genere

[1]) *viginti* haben die Griechen, vgl. u.

quisque dominus eius fieret, et ideo hunc quoque ea lege contineri, secundum quem sententia dicta est, et liberum futurum eum qui ei dedisset pecuniam; hunc autem, id est possessorem hereditatis, cui data esset summa, si victus esset hereditatis petitione, cum ceteris hanc quoque pecuniam victori restituere debere.

Diese Stelle ist wegen ihrer sachlichen Schwierigkeiten vielfach besprochen worden; Bedeutung hat sie insbesondere für die Lehre von der Rechtskraft gewonnen.

Besprochen wird die Lage des Statuliber, der durch Zahlung einer Summe an den Testamentserben frei werden soll, wenn nun die Erbschaft dem letzteren streitig gemacht wird: inwieweit bindet die Entscheidung für oder gegen denselben den Statuliber? Man sollte meinen, hier käme der durch viele Stellen bezeugte Grundsatz zur Anwendung, daß der Sieg des gesetzlichen Erben gegenüber dem Testamentserben auch res iudicata gegen die im Testamente angeordneten Vermächtnisse und Freilassungen schaffe, dieselben also hinfällig mache.[1]) In unserer Stelle ist aber an Zerfall der testamentarischen Freilassung nicht gedacht; es wird nur gefragt, ob der Statuliber insofern an die Entscheidung gebunden sei, daß er nur durch Zahlung an den Sieger frei werde. Diesen Widerspruch will Appleton[2]) so lösen, daß der obige Grundsatz erst einer späteren Entwickelung angehöre. Das ginge nur an, wenn er nach Pomponius, etwa durch kaiserliche Verordnung eingeführt worden wäre. Aber nach Dig. 30, 50 § 1 setzt ihn schon Sabinus voraus.[3])

---

[1]) Dig. 20, 1, 3 pr. 30, 50 § 1. 49, 1, 5 § 1. 14, vgl. 5, 2. 6 § 1. 8 § 16. 17 § 1. Daß die ersteren Stellen (insbesondere 30, 50 § 1) mit Dig. 44, 2, 1 im Widerspruch stehen, wenn sie nicht auf querella inofficiosi bezogen würden (so z. B. Hellwig, Rechtskraft S. 18, 41), ist unbegründet. Dig. 44, 2, 1 schließt nur die präjudizielle Wirkung der Abweisung des Vermächtnisnehmers auf die testamentarischen Freilassungen aus. — [2]) Appleton, Le testament Romain, la méthode de droit comparé et l'authenticité des XII tables 1903. S. 87, 6. — [3]) Ausdrücklich berichtet allerdings Ulpian nur, daß Sabinus andeute: *iniuria ei facta non nocebit legatariis;* aber in dem behandelten Fall war neben der iniuria iudicis noch Versäumnis der Berufung dafür entscheidend, daß von dem obigen Grundsatz abgewichen wurde; verkannt ist dies von Eisele, der die Worte *non tamen provocavit* als überflüssigen Zusatz der justinianischen Kompilatoren ansieht (Zeitschrift der Savigny-Stiftung XV, 277, 3).

Die Entscheidung von Q. Mucius über die aufgeworfene Frage ist zwar ausgefallen, ging aber, wie die daraus von ihm selbst gezogene Folgerung *(quapropter . . . fore)* erweist, zweifellos dahin, daß nur die Leistung an den Sieger den Statuliber zum Freien mache.[1] Q. Mucius läßt also nur die Zahlung an den siegenden Testamentserben gelten. Labeo dagegen nimmt Erfüllung der Bedingung auch bei Leistung an den unterlegenen Testamentserben an, wenn er der wahre Erbe war, erkennt also die Bindung an das Erkenntnis in der hereditatis petitio nicht an. Beide berühren die Frage nicht, ob Zahlung an den siegenden gesetzlichen Erben genüge. Darauf geht erst Aristo ein[2], indem er für den Fall, daß der gesetzliche Erbe zu Unrecht gesiegt hat, aus diesem Siege eine Succession in das Recht des Besiegten folgert und daraufhin den Satz der XII Tafeln zur Anwendung bringt, daß der Statuliber im Falle der Veräußerung durch Zahlung an den Erwerber die Bedingung erfülle.

Konnte nun aber die Frage so, wie sie dem Q. Mucius nach dem vorliegenden Texte gestellt worden, überhaupt aufgeworfen werden? Wenn das Testament Zahlung an den Testamentserben zur Bedingung der Freilassung macht und derselbe nun auch noch Sieger im Erbschaftsstreite ist, hatte es dann einen Sinn zu fragen, ob die Zahlung an ihn die Bedingung erfülle? Das hatte Cujacius[3]) richtig erkannt und darum vorgeschlagen zu bleiben: *secundum eum sententia dicta est, qui lege agebat se heredem esse*[4]); aber die folgenden Sätze lassen erkennen, daß beide Fälle, Sieg des Testamentserben und des gesetzlichen Erben behandelt wurden, und der Widerspruch mit der Vernichtung der Freilassung

---

[1]) Vor *quapropter* wird man etwa mit P. Pithou zu ergänzen haben: *respondit valere.* — [2]) Daß der Schluß von *sed verissimum est* an justinianischer Zusatz sei, wie A. Faber vermutet, dafür liegt kein genügender Anhalt vor; nur etwa das *verissimum est* mag an die Stelle einer weniger apodiktisch lautenden Äußerung von Pomponius getreten sein. Anstößig sind erst im letzten Satz die Worte: *hunc autem, id est possessorem hereditatis,* sie stehen mit dem Voraufgehenden nicht in Einklang. — [3]) Observationes 3, 7. — [4]) In gleichem Sinn schlägt Mommsen vor, *secundum* in *contra* zu verwandeln; das stützt sich auf die leichte Verwechslung der Abkürzungen für beide Worte, paßt aber nicht zu dem folgenden *ipsi.*

durch die Entscheidung gegen das Testament bleibt bestehen.

Der Fehler der Überlieferung, welcher die sachlichen Schwierigkeiten hervorruft, steckt in der Angabe des Falls; der Streit bezog sich nicht auf die Erbschaft des Freilassers, sondern auf diejenige des von ihm eingesetzten Erben, statt *de his bonis* hatte Pomponius *de heredis bonis* geschrieben und aus der Abkürzung *h.is* = *heredis* [1]) ist *his* entstanden.[2])

Damit scheidet die obige Regel für die Rückwirkung der Entscheidung gegen den Testamentserben auf Vermächtnisse und Freilassungen ganz aus, die Stelle gewinnt für die Lehre von der Rechtskraft eine andere Bedeutung; sie füllt eine bisher vorhandene Lücke aus, indem sie uns einen Fingerzeig gibt für die Behandlung der Erbschaftsschuldner, deren Lage die gleiche ist wie die des Statuliber. Für sie gilt zunächst der allgemeine Satz, daß nur Leistung an den wirklichen Gläubiger, hier also an den wirklichen Erben befreit. Volle Sicherheit gewann der Erbschaftsschuldner im klassischen Recht nur, wenn ihm seitens des angeblichen Erben Erteilung der bonorum possessio ędictalis und Vorhandensein der Bedingungen derselben, oder aber bonorum possessio decretalis, beziehungsweise missio in bona nachgewiesen wurde. Die Stellen, welche bisher für die Stellung der Erbschaftsschuldner benutzt wurden, beziehen sich auf den Zwang zur Leistung während des Erbschaftsstreits.[3])

Für den Schuldner, der die Leistung freiwillig an den von ihm für den Erben Gehaltenen abgeführt hat, kommt zunächst in Frage, ob der Empfänger im Erbschaftsstreit gesiegt hat oder unterlegen ist. Ersterenfalls ist der Schuldner frei geworden; letzterenfalls ist zu unterscheiden, ob vor oder nach der Rechtskraft des Erkenntnisses geleistet worden. Q. Mucius freilich läßt die Leistung an den Unterlegenen vor dem Erkenntnis ebensowenig gelten wie nach demselben. Labeo aber möchte nur für den ersteren Fall die Beschränkung hinzufügen, daß, wenn der Empfänger der wahre Erbe

[1]) Vgl. Gai Inst. Apographum ed. Studemund S. 269. — [2]) Die Griechen bestätigen *his* als justinianische Lesung. — [3]) Dig. 5, 3, 25 § 2. 5, 3, 49; 16, 3, 1 § 37.

war, der Schuldner sich dem Sieger gegenüber darauf berufen könne; wenigstens lehnt sich seine Entscheidung bei Pomponius an diesen Fall an, und für den anderen Fall wäre sie unbillig. Auch Leistung während schwebenden Prozesses sollte nur auf Gefahr des Schuldners erfolgen können, umsomehr als derselbe in dieser Zeit regelmäßig nicht zur Leistung gezwungen werden kann.[1])

Im Vorhergehenden setzten wir voraus, daß dem Schuldner das Erkenntnis beziehungsweise der Rechtsstreit bekannt geworden. Andernfalls folgt aus dem allgemeinen Grundsatz über die Leistung an den Unberechtigten, daß die Leistung an den Unterlegenen den Schuldner nicht befreit, wenn das Erkenntnis dem Sachverhalt entsprach. War dagegen der Empfänger der wahre Erbe, so ist zwar der Sieger, entsprechend der Ansicht von Aristo, nachträglich an seine Stelle getreten, aber zu Gunsten des Schuldners kommt derselbe Satz wie bei der Cession zur Anwendung, daß Leistung an den früheren Gläubiger in Unkenntnis des Übergangs der Forderung befreit.

VII.

Die litis contestatio des Formularprozesses.[2])

Von

Herrn Professor **Eduard Hölder**

in Leipzig.

Die Frage, wodurch im Formularprozeß die litis contestatio zustande kommt, ist im Gegensatze zur früher herrschenden Annahme Kellers, wonach die Erteilung der formula diese Bedeutung hatte, durch Wlassak (die Litiskontestation im Formularprozeß 1889) dahin entschieden

---

[1]) Dig. 5, 3, 49 Francke, Hereditatis petitio S. 376. — [2]) Die vorliegende Arbeit ist eine Umarbeitung eines im Februar d. J. ausgegebenen, nicht in den Buchhandel gelangten Leipziger Dekanatprogramms.

worden, die litis contestatio sei eine der Erteilung der formula nachfolgende Vereinbarung der Parteien gewesen. Als eine solche bestimmt sie auch Lenel (in dieser Zeitschrift XV, S. 374 ff.), der von Wlassak nur abweicht bezüglich der Form dieser Vereinbarung. An beide, soweit sie übereinstimmen, sich anschließend, erklärt Wenger (Zur Lehre von der actio iudicati 1901), sie sei „ein das Verfahren in iure abschließender Formalvertrag, bei dem es sich um die Prozeßurkunde, die Schriftformel drehte", dessen Form aber „eine offene Frage" sei (S. 123). Er fügt bei: „eine Litiskontestation wird nur mit dem Beklagten vollzogen, dabei hat der Prätor nichts mehr zu tun" (S. 124). Durch diese Wendung wird eine Frage beantwortet, die wir bei den meisten Vertretern der litis contestatio als eines der Erteilung der formula nachfolgenden Vertrages der Parteien kaum berührt finden, die aber gar sehr aufgeworfen zu werden verdient. In der Vorrede zur zweiten Abteilung seiner römischen Prozeßgesetze (1891 p. IX) konstatiert Wlassak gegenüber einem in dieser Beziehung von Landsberg (Krit. Vierteljahrsschr. für Gesetzg. u. Rechtsw. Bd. 33 S. 338) ausgesprochenen Zweifel, er habe die Eigenschaft der litis contestatio als eines nicht außergerichtlichen, sondern gerichtlichen Vorgangs „überall vorausgesetzt und wiederholt auch ausgedrückt". Ihre Betonung als eines solchen läßt aber die Frage offen, ob bei der litis contestatio der Magistrat mitwirkt oder ob sie seiner Tätigkeit als einer bereits abgeschlossenen nachfolgt. Die zweite durch Wenger vertretene Annahme teilt auch Wlassak, da nach ihm die litis contestatio eine dem prätorischen iudicium dare nachfolgende Handlung der Parteien ist. Was bedeutet aber deren Eigenschaft als einer zwar ohne die Mitwirkung der Gerichtsobrigkeit erfolgenden, aber gleichwohl gerichtlichen? Mußte sie „angesichts des Prätors unter dessen passiver Assistenz" erfolgen? Diese Frage hat neuestens R. Schott (Das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Civilprozeß 1903 S. 60 f.) aufgeworfen und verneint. Er meint, „daß die l. c. zwar sachlich zum Verfahren in iure gehörte, daß aber örtlich sie nicht gerade unter den Augen des Prätors erledigt werden mußte". Läßt sich aber überhaupt unterscheiden, ob etwas

sachlich oder örtlich ein Bestandteil des Verfahrens in iure war? Läßt man die Unterscheidung gelten, so dürfte dem Sinne Wlassaks mehr die Annahme gemäß sein, daß die l. c. zwar örtlich noch in iure erfolgte, aber sachlich ein reiner Parteienakt war. Was bedeutet es aber dann, daß er in iure erfolgte und erfolgen mußte? Wäre damit gemeint, daß die l. c. „angesichts des Prätors" erfolgte, so wäre dadurch auch dessen Mitwirkung gegeben. Die für die Giltigkeit eines Rechtsaktes erforderliche Assistenz der Obrigkeit ist nie eine lediglich passive.[1]) Hat sie auch dabei kein Wort zu sprechen und keine Hand zu rühren, so kann doch der Akt nicht erfolgen ohne ihre Zulassung oder auctoritas (vgl. Brinz, Über den Einlassungszwang im R. R. in der Münchner Festgabe für Planck 1887 S. 3 ff.). Was nicht ohne die Anwesenheit des magistratus geschehen kann, das kann auch in seiner Anwesenheit nicht gegen seinen Willen geschehen; mußte die l. c. vor seinen Augen geschehen, so konnte er sowohl dadurch, daß er sich entfernte, als dadurch, daß er ihr widersprach, sie vereiteln.

Nach Schott konnte die l. c. anstatt „unter den Augen des Prätors" sich „gerade so gut vor dem nicht weit entfernten Album abspielen". Wenn er aber „die sachliche Bedeutung von in iure als Verfahrensabschnitt und die örtliche als Gerichtsstelle" unterscheidet und meint, die l. c. sei zwar im ersten, aber nicht im zweiten Sinne notwendig in iure vollzogen worden, so ergibt seine eigene Ausführung eher das Gegenteil. Zur „Gerichtsstelle" gehört auch noch die Stelle, wo das Album der Gerichtsobrigkeit sich befindet, wogegen das Verfahren in iure als ein nicht durch seinen Ort, sondern durch seine obrigkeitliche Leitung charakterisierter „Verfahrensabschnitt" solche Dinge nicht mehr umfaßt, die nicht mehr unter der Leitung der Obrigkeit vor sich gehen. Wenn die l. c. deren Anwesenheit nicht mehr forderte, so war sie auch nicht mehr ein Bestandteil des Verfahrens in iure, sondern folgte ihm nach, und wenn sie doch noch an Gerichtsstelle, also sei es schlechthin oder annähernd an der-

[1]) Die lediglich passive Assistenz des parochus bei der tridentinischen Eheschließung wäre bei einem römischen magistratus nicht möglich gewesen.

selben Stelle erfolgte, wo die obrigkeitliche datio iudicii erfolgt war, so handelte es sich nicht sowohl um eine für sie erforderliche Form als darum, daß sie der datio iudicii, auf die sie sich bezog, unmittelbar nachfolgen mußte. Diese erscheint als der den Parteien vom Magistrat gemachte Vorschlag, ihren Streit vermittelst der von ihm erteilten formula durch die Entscheidung des in ihr bezeichneten iudex zum Austrag zu bringen. War die l. c. eine Vereinbarung der Parteien, bei deren Abschluß der Magistrat nicht mitwirkte, so war es doch der Magistrat, der sie ermöglichte, weil seine Tätigkeit den Gegenstand hervorbrachte, auf den allein sie sich beziehen konnte. Als eine erst durch eine vorhergehende Handlung des Prätors ermöglichte war sie eine solche Vereinbarung, die sowohl bezüglich ihrer Entstehung als bezüglich ihrer Wirkung nicht nur auf dem Willen der Parteien, sondern zugleich auf dem Willen der Obrigkeit beruhte. Gegen Bekkers Betonung dieses Momentes wendet Wlassak (S. 61) ein, daß „der Wille des Prätors nur vor, nicht bei der l. c. eine Rolle spielt oder doch nur die Rolle, welche dem Dritten zukommt, der nach mehr oder minder genauen Andeutungen der Beteiligten eine später von diesen unterzeichnete Vertragsurkunde abfaßt.“ Diese Vergleichung trifft aber nicht zu. Wir können einen Vertrag eingehen durch Unterzeichnung einer von einem Dritten verfaßten Urkunde, und wir können ihn eingehen auf andere Weise. War dagegen die l. c. nur möglich als Vereinbarung der Parteien, ihren Streit vermittelst der vom Prätor erteilten formula zum Austrag zu bringen, so war sie nicht lediglich eine private Vereinbarung. Es ist doch wahrlich ein Unterschied zwischen der Rolle, die bei einem Vertrage zufällig der dritte Verfasser der Vertragsurkunde spielt, und der Rolle, die bei der l. c. der Obrigkeit notwendig zukam. Daß sie eine solche nur gespielt habe vor der l. c., ließe sich höchstens sagen, wenn dieser die Erteilung der formula in der Weise vorausgegangen wäre, daß nach erteilter formula es ausschließlich von den Parteien abhing, über sie die l. c. zu vollziehen. Sollte jedoch der Prätor die von ihm erteilte, aber noch nicht von den Parteien durch ihre l. c. als Mittel der Austragung ihres Rechtsstreites verwendete formula nicht

mehr haben zurücknehmen können? Davon kann keine Rede sein. Eine Amtshandlung, die noch keinerlei Verbindlichkeit hatte für die Personen, denen gegenüber sie erfolgt war, hatte solche auch nicht für ihren Urheber. Konnte er sie bis zu der ihr nachfolgenden l. c. der Parteien zurücknehmen, so gelangte sie erst durch diese zu rechtlicher Existenz, so daß es, wie keine l. c. ohne erteilte formula, so auch keine rechtsgiltig erteilte formula ohne l. c. gab.

Als eine der ordinatio iudicii nachfolgende Handlung der Parteien ist uns die l. c. überliefert durch den Auszug des Paulus Diaconus aus Festus, wonach contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote, und contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote. Wlassak (S. 78) betont, es handle sich hier nicht um eine Bestimmung der Sache, sondern lediglich um eine Worterklärung, was aber nicht zutrifft. Heißt es: contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote, so ist damit nicht nur gesagt, daß jener Name von diesen Worten herkomme, sondern daß der durch ihn bezeichnete Vorgang aus diesen Worten bestehe. Ebenso bezeugt die Angabe, das contestari litem habe seinen Namen daher, daß jede Partei dicere solet: testes estote, diese Worte als die bei der litis contestatio von den Parteien tatsächlich gebrauchten ohne jede Hinweisung darauf, daß die litis contestatio im Gebrauch jener Worte nicht aufgegangen wäre. Fragen wir, was uns dieses Zeugnis über das Wesen der litis contestatio lehrt, so ergibt es jedenfalls nicht deren Eigenschaft als eines Vertrages. Weder erscheint die gemeinsame Erklärung der Parteien: „testes estote“ nach ihrem Inhalte als Vollziehung eines Vertrages, noch hat sie überhaupt selbständige Existenz als ein eigener Rechtsakt. Festus bezeichnet uns nicht einen bestimmten Gegenstand, bezüglich dessen sie Zeugnis abzulegen auffordert. Doch nennt er das von den zum Zeugnis Aufgeforderten zu Bezeugende dadurch, daß er die Aufforderung als eine solche bezeichnet, die ergeht ordinato iudicio. Werden, nachdem etwas in Anwesenheit bestimmter Personen geschehen ist, diese Personen zum Zeugnis aufgefordert, so ist gemeint: über das vor ihren Augen Geschehene. Die erfolgte ordinatio iudicii

ist es also, zu deren Bezeugung die Parteien gemeinsam auffordern. Festus bezeichnet diese Aufforderung als eine solche, die der ordinatio iudicii nachzufolgen pflegte. Es ist dadurch nicht ausgeschlossen, daß sie einen Bestandteil der ordinatio iudicii bildete. Es kann damit gemeint sein, daß die ordinatio iudicii, nachdem alles sonst zu ihr gehörende geschehen war, zum Abschlusse gelangte durch die Aufrufung der Zeugen, wie da, wo ein Vorgang rechtliche Bedeutung nur hat als beurkundeter, seine Beurkundung sowohl die sonst zu seiner Existenz erforderlichen Tatsachen bezeugt als die Tatsache ist, durch deren Hinzutritt zu jenen der bestimmte Vorgang erst vollständig vorliegt. Doch bezeichnet Festus jene Aufrufung von Zeugen nicht als notwendig, sondern nur als üblich; es kann also auch ihre ganze Mitwirkung nur eine gewöhnliche, aber nicht obligatorische Sicherheitsmaßregel gewesen sein, die im Gegensatze zur Mitwirkung von Zeugen bei Privatrechtsgeschäften entbehrlich war wegen der Mitwirkung der Obrigkeit, dieses amtlichen, auch bei Rechtsgeschäften die Mitwirkung privater Zeugen überflüssig machenden Zeugen.

Abgesehen von dem Unterschiede, daß ihre Notwendigkeit weder bezeugt noch ohne ein dafür bestehendes Zeugnis anzunehmen ist, entspricht die von Festus berichtete Aufforderung der Parteien an die Zeugen genau der von Ulp. 20, 9 als Schluß der nuncupatio testamenti berichteten Aufforderung des Testators an die Testamentszeugen, über die Testamentserrichtung Zeugnis abzulegen. Beide Aufforderungen beziehen sich nicht auf etwas, was vor den Zeugen geschehen soll, sondern auf das vor ihnen Geschehene.[1]) Gerade die Aufforderung zum Zeugnis über dieses hieß auch beim Testamente contestatio, wie uns gleichfalls Ulpian durch die Mitteilung bezeugt, die beim Testamente mitwirkenden Personen hätten anwesend sein müssen, donec suprema contestatio peragatur (l. 20 § 8 D. qui test. f.). Demgemäß sagt er auch von der auf die familiae mancipatio folgenden und mit der Aufforderung zur Zeugnisablegung schließenden

---

[1]) So auch Eisele, Ztschr. XXI S. 311 Anm. 1. „Die l. c. ist nur die solenne Kontestation des geschehenen agere.“



nuncupatio testamenti: quae nuncupatio et testatio vocatur. Die Bezeichnungen sowohl des testamentum als der testatio treten uns hier entgegen als Bezeichnungen einerseits eines Gesamtvorganges, andrerseits eines bestimmten Teiles desselben. Der familiae mancipatio wird entgegengesetzt die ihr folgende nuncupatio testamenti; auch jene bildet aber einen wesentlichen Bestandteil des testamentum per aes et libram, sodaß der Name testamentum sowohl das Ganze als insbesondere sein zweites Stück bezeichnet, durch dessen Hinzutritt zum ersten das Ganze fertig wird. Eine testatio war speziell die den Abschluß der nuncupatio testamenti bildende Aufforderung an die Zeugen, sodann, wie Ulpian ausdrücklich erklärt, die diese Aufforderung als ihren letzten Bestandteil in sich schließende nuncupatio testamenti, aber auch das ganze, durch familiae mancipatio und nuncupatio testamenti vollzogene Testament; ist doch während seines ganzen Verlaufes der Testator ein solcher, der testatur.

Für die durch die Worte testimonium perhibetote vollzogene suprema contestatio des Testaments wie für die durch die Worte testes estote vollzogene litis contestatio erhebt sich die Frage, ob jenen Worten noch zustimmende Worte der testes nachfolgten. Die durch sie vollzogene Aufforderung läßt sich denken als eine nicht jetzt, sondern nur eventuell dann zu befolgende, wenn später die Existenz oder der Inhalt der vor den Zeugen vollzogenen Handlung zweifelhaft werden sollte.[1]) Die Aufforderung, darüber seinerzeit Zeugnis abzulegen, schließt in sich die Aufforderung zu treuer Festhaltung des Wahrgenommenen, um vorkommenden Falls darüber Zeugnis ablegen zu können, und eine besondere Zusage der Befolgung der ergangenen Aufforderung könnte deshalb überflüssig scheinen, weil die Zeugen schon dadurch, daß sie am Anfang des ganzen von ihnen wahrgenommenen Vorgangs sich auf die rogatio eingelassen hatten[2]), die Verpflichtung zur Aufmerksamkeit sowie zur

[1]) So habe ich in meinem Programm angenommen in Übereinstimmung mit Eisele a. a. O.: „die Zeugen sollen künftig, wenn nötig, Zeugnis leisten". — [2]) Mit Recht nimmt Eisele (anders mein Programm) auch eine vorhergehende rogatio testium an; immer gehört zur Mitwirkung als testis, daß der Zeuge dem Akte als ein solcher

Festhaltung und eventuellen späteren Bezeugung des Vorgangs übernommen hatten, dem als Zeugen beizuwohnen sie gebeten waren. Mit Recht hat aber Bachofen (Ausgewählte Lehren des römischen Civilrechts 1848 S. 255 ff.) erklärt, daß eine der Aufforderung des Testators nachfolgende Befolgung derselben durch die Zeugen sich ergibt aus Paul. sent. III 4 A § 4, wo es heißt, daß Blindheit am Testieren nicht hindert, weil der Blinde kann accire adhibitos testes et audire sibi testimonium perhibentes. Folgte beim Testamente dem testimonium perhibetote des Testators ein testimonium perhibere der Zeugen, so ist auch anzunehmen, daß bei der l. c. dem testes estote der Parteien ein testes sumus oder dergleichen der Zeugen folgte. Wie die Bezeichnung testamentum neben dem Verhalten des testator das Verhalten der bei der Testamentserrichtung mitwirkenden Personen umfaßte, so umfaßte auch die Bezeichnung l. c. neben der Aufforderung der Parteien an die Zeugen deren Befolgung jener Aufforderung. Bildete erst diese den Abschluß der l. c., so begann sie als ein eigener der übrigen ordinatio iudicii nachfolgender Akt erst mit der Aufforderung der Parteien. Indem aber Gegenstand der Bezeugung der testes die ordinatio iudicii war, die sie als eine von ihnen aufmerksam verfolgte und damit als eine solche bezeugten, über die sie vorkommenden Falls würden Auskunft geben können, so begann schon mit deren Beginn die Mitwirkung der Zeugen und konnte den Namen der l. c. auch die ordinatio iudicii als eine solche führen, die vor den Zeugen erfolgte und den Gegenstand der contestatio bildete, sodaß auch hier dieser Name nicht nur die dem übrigen Vorgang nachfolgende suprema contestatio, sondern zugleich den ganzen ihren Gegenstand bildenden Vorgang bezeichnen konnte.

Ubbelohde (Hartmann-U., Über die röm. Gerichtsverfassung 1886 S. 448) meint, es sei „doch wohl nur ein Notbehelf, den Zeugenaufruf dem Akte, welcher bezeugt werden soll, nachfolgen zu lassen“, und dieser Notbehelf finde „keines-

beiwohnt, der Zeuge sein soll und will; nur betrachten wir im Gegensatz zu ihm die ganze Mitwirkung von Zeugen nicht als notwendig; ist uns doch auch nichts überliefert von dem in diesem Fall unerläßlichen Erfordernisse einer bestimmten Zahl.

wegs ein Analogon" in jenen Nunkupationsworten. „Diese Worte enthalten nämlich nicht etwa die allgemeine Aufforderung, Zeugen zu sein, vielmehr die davon doch nicht unwesentlich verschiedene, Zeugnis eines ganz bestimmten Inhalts abzulegen: ita ut in his tabulis cerisve scripta sunt; vor allem aber ist ihnen die förmliche rogatio testium voraufgegangen. Eben eine solche rogatio testium haben wir in unserm testes estote zu erkennen", und „es ist sehr begreiflich, daß der Akt, in welchem und mittelst dessen das wirkliche Streitverhältnis eingegangen wurde, von jenem ihm vorangehenden, für sich aber bedeutungslosen Zeugenaufrufe die Bezeichnung l. c. erhielt".

Diese Ausführungen, auf die sich **Wlassak** (S. 72 Anm. 2) beruft, sind wenig stichhaltig. Die Behauptung, die Testamentszeugen hätten speziell die Identität des Testamentsinhalts mit dem ihnen nicht kundgegebenen Inhalte der ihnen vorgezeigten Urkunde zu bezeugen gehabt, ist willkürlich. Sie werden am Schlusse des Testierakts aufgefordert, sich als Zeugen zu bekennen über die ganze vor ihnen vollzogene Handlung mit Einschluß insbesondere der die Grundlage der nuncupatio testamenti bildenden familiae mancipatio; waren sie doch Manzipationszeugen. Daß dieser den Schluß des Testieraktes bildenden Aufforderung als Anfang desselben eine rogatio testium vorausgegangen ist, hat sich ohne Zweifel bei der Verhandlung in iure ebenso verhalten. Wenn das testamentum seinen Namen von der Aufrufung der testes hat, so hat es ihn nicht von der seiner Vollziehung vorangehenden rogatio testium, sondern von der seine Vollziehung abschließenden Aufforderung. Ebenso waren nach dem Zeugnisse des Festus bei der l. c. die Worte testes estote nicht eine Aufforderung, „die Angerufenen sollen aufachten auf das, was jetzt vor ihnen verhandelt werden wird" (Ubbelohde S. 449), sondern eine Aufforderung an die testes, zu bezeugen, daß sie das vor ihnen Vorgegangene wahrgenommen haben. Die Meinung, die testes sollten „alles bezeugen, was — vielleicht in verschiedenen Terminen — vor dem Prätor verhandelt wurde", erklärt **Wlassak** (S. 72) für eine solche, „die den Römern eine unsinnige Einrichtung zumutet". Was ist aber Unsinniges

dabei, wenn in einem vor Zeugen stattfindenden Termine die Zeugen auf die ganze Verhandlung zu achten haben und diese ihren Abschluß durch die Aufforderung an die Zeugen findet, zu bezeugen, daß sie dieser Aufgabe nachgekommen sind, wodurch sie zugleich es übernehmen, das Wahrgenommene festzuhalten und vorkommenden Falls darüber Auskunft zu geben. Auf das in verschiedenen Terminen Verhandelte erstreckte sich diese Aufforderung nicht, wenn, wofür gute Gründe sprechen, die im ersten Termine nicht zum Abschluß gelangte Verhandlung im zweiten wieder von vorne begann. **Wlassak** sagt (S. 77): „Aus Festus ersehen wir . ., daß der Zeugenaufruf zwischen der Formelgenehmigung erfolgte, die Sache des Prätors, und der Streitbefestigung, die Sache der Parteien war.“ „Die Umstehenden wurden . . . nicht erst hinterdrein aufgefordert, etwas zu bezeugen, was sie vielleicht gar nicht gesehen und gehört hatten, vielmehr richteten die Parteien . . . vorher an die Anwesenden die Bitte, ihre Aufmerksamkeit dem nun Folgenden zuzuwenden.“ Wir können aber nicht verstehen, inwiefern die Zeugen zwar der Streitbefestigung der Parteien, aber noch nicht der doch für deren Inhalt maßgebenden Formelerteilung ihre Aufmerksamkeit hätten zuwenden sollen. Und keinesfalls ist mit dem Zeugnisse des Festus, durch das allein wir von der l. c. als einer Zeugenaufrufung wissen, verträglich ihre Auffassung als Aufrufung zum Zeugnisse nicht über Geschehenes, sondern über erst noch Bevorstehendes. Würde Festus sagen, diese Aufforderung sei erfolgt, ehe etwas Bestimmtes geschah, so wäre als Gegenstand des Zeugnisses dieses noch nicht eingetretene Ereignis gemeint. Läßt er umgekehrt die Aufforderung erfolgen, nachdem etwas geschehen ist, so meint er als Gegenstand des Zeugnisses das vor den Augen der Zeugen Geschehene. Wäre die Aufforderung zum Zeugnisse dem Eintritte des zu bezeugenden Ereignisses vorangegangen, so wäre auch nicht zu verstehen, wie man hätte dazu kommen sollen, dieses mit dem Namen jener zu bezeichnen; ist es doch offenkundig, daß etwas noch in keiner Weise deshalb geschehen ist, weil die Aufforderung ergangen ist, auf seinen bevorstehenden Eintritt zu achten. Dagegen zeigt uns jedes Protokoll, daß wir eine

Verhandlung, an die sich ihre Bezeugung anschließt, erst mit dieser als vollständig beendigt ansehen.

Als die zur Bezeugung aufgeforderten Personen können wir uns nicht mit Wlassak einfach „die Umstehenden" denken. Wenn die Parteien nicht ohne advocati in iure zu erscheinen pflegten, so waren diese ihre advocati zugleich ihre testes, deren rogatio als solcher schon enthalten war in der an sie ergehenden Aufforderung, die Partei vor das Tribunal zu begleiten oder sich dort einzufinden. In der Eigenschaft dieser Personen als solcher, die der Partei in iure zur Seite stehen, ist auch enthalten ihre Eigenschaft als solcher, die berufen sind, an der Verhandlung in iure sich von ihrem Beginn an zu beteiligen, wenn nicht auf andre Weise, so doch jedenfalls durch ihre aufmerksame Verfolgung. Mit Recht nimmt man von der l. c. als einer Aufrufung von Zeugen an, daß sie in die Zeit der legis actiones zurückgeht. In sie geht unstreitig die Bezeichnung der lis zurück. In sie geht auch zurück die formelhafte Bezeichnung der Wirkung der l. c. bei Gai. III 180 f. Daß litis contestatione dari oportere desiit, ist eine Wendung, die aufkommen konnte zur Zeit der legis actiones wegen der nach der l. c. nicht mehr bestehenden Möglichkeit, die auf das bestimmte dari oportere sich beziehende Rechtsbehauptung zu vollziehen, wogegen sie für den Formularprozeß auffällig ist angesichts des Umstandes, daß in den Formeln gerade das angeblich durch die l. c. erloschene dari oportere als Bedingung der condemnatio vorkommt. Sodann bestand für die mündliche legis actio das Bedürfnis, für die Art ihrer Vollziehung sich auf Zeugen berufen zu können, in höherem Grade als für die schriftliche formula. Im Formularprozesse mag daher die Zeugenaufrufung abgekommen sein, was sich schwer annehmen ließe, wenn sie eine notwendige Formalität gewesen wäre, dagegen sich aufs leichteste begreift, wenn sie lediglich eine tatsächlich übliche Sicherheitsmaßregel war zur Befriedigung eines nun nicht mehr so wie früher bestehenden Bedürfnisses. Dagegen war sie nicht dem Formularprozesse von vornherein fremd, da sonst auch der Name der l. c. ihm fremd geblieben wäre. Und insbesondere gilt das Zeugnis des Festus nicht dem Legis-

aktionsprozesse. Er spricht von der l. c. als einer durch die Worte: testes estote vollzogenen nicht im Praeteritum, sondern im Praesens. Und er läßt diese Worte vollzogen werden ordinato iudicio. Die ordinatio iudicii umfaßt die Präzisierung des Rechtsstreites und die Überweisung seiner Entscheidung an einen iudex. Die Erledigung beider Punkte erfolgte bei der legis actio per condictionem vermöge ihrer Natur und bei anderen legis actiones vermöge der lex Pinaria in verschiedenen Terminen. Erst im zweiten Termine, in dem der iudex bestimmt wird, kommt die ordinatio iudicii zum Abschlusse. Was aber die testes eventuell zu bezeugen haben, ist vor allem das bestimmte durch die Vollziehung der legis actio fixierte Streitverhältnis. Wir haben daher die l. c. in den ersten jener Termine zu verlegen, wie auch daran sich zeigt, daß die Wirkung der l. c. beruhte auf dem Ausschluß zweimaliger actio in derselben Sache, der eintrat durch die vollendete legis actio. Im Formularprozesse erfolgt die Fixierung des Streitverhältnisses nicht mehr durch formelle Rechtsbehauptungen der Parteien, sondern dadurch, daß der Magistrat dem iudex bezeichnet, worüber er zu entscheiden hat. Während bisher der Präzisierung des Rechtsstreites durch die Parteien die Bestellung des zu seiner Entscheidung berufenen Richters nachfolgte, so erfolgt jetzt die Präzisierung des Rechtsstreits durch die obrigkeitliche Instruktion des zu seiner Entscheidung berufenen Richters, dessen Ernennung daher jener nicht mehr nachfolgen kann. Es gibt keine Instruktion des iudex ohne Ernennung desselben, wie es umgekehrt keine Ernennung desselben ohne Instruktion gibt, durch die sich das Amt bestimmt, zu dem er ernannt ist. Das iudicium ist ordinatum, wenn ein bestimmter Rechtsstreit einem bestimmten iudex zur Entscheidung überwiesen ist. Diese Überweisung setzt Festus als erfolgt voraus, wenn er sagt, die l. c. erfolge iudicio ordinato. Seine Bestimmung der l. c. bezieht sich daher auf den Formularprozeß.

Festus gibt Auskunft darüber, worin der Vorgang bestand, von dem der Name der l. c. herrührt und den daher dieser Name zunächst bezeichnete; er spricht dagegen nicht von der rechtlichen Bedeutung jenes Vorgangs. Auch wenn

seine Vollziehung, was Festus nicht bezeugt, notwendig war, so war doch seine Bedeutung für den Prozeß und für das in ihm befangene Verhältnis nicht eine selbständige. War es die rechtsgültige Vollziehung der legis actio, vermöge welcher ihr Inhalt für die Entscheidung maßgebend und ihre rechtsgültige Wiederholung ausgeschlossen war, so knüpfte sich nur deshalb diese Wirkung gerade an die l. c., weil durch diese die Vollziehung der legis actio zum Abschluß gelangte. Es gibt dafür keine bessere Parallele als die Bedeutung des lustrum conditum für den census. Unterscheiden wir, worin es bestand und was es bewirkte, so hat seine Wirkung oder die mit seiner Vollziehung eintretende Geltung des dadurch zum Abschluß gelangten census mit seinem Inhalte, durch den es nichts andres war als ein feierliches Sühnopfer, nichts zu schaffen. Nicht diesem Inhalte verdankt es seine Wirkung, sondern lediglich seiner Eigenschaft, der letzte der Akte zu sein, aus denen der census sich zusammensetzt. Bezeichnen wir dessen rechtliche Geltung als eine Wirkung des lustrum, so nennen wir als ihre Ursache anstatt der ganzen Kette von Ereignissen, deren Wirkung sie ist, ihr letztes Glied. Die entscheidende Bedeutung, die wir hiermit diesem zuerkennen, hat es nicht durch seine besondere Beschaffenheit, sondern lediglich dadurch, daß mit ihm das aus einer Menge einzelner Ereignisse sich zusammensetzende Gesamtereignis des census in seinem vollen Umfange abgelaufen war und dadurch rechtswirksam wurde. So war es nichts andres als die beiderseitige Vollziehung der legis actio, was die Existenz des Rechtsstreites und den Ausschluß eines anderen Rechtsstreites in derselben Sache begründete, und wie die Aufforderung testimonium perhibetote, die den Testierakt beschloß, ein integrierender Bestandteil desselben war, und zwar der letzte, durch dessen Hinzutritt zu den übrigen das Testament fertig wurde, so war jene beiderseitige Zeugenaufrufung, falls die rechtliche Geltung der vollzogenen legis actio dadurch bedingt war, ein Bestandteil der beiderseitigen Vollziehung der legis actio, und zwar der letzte und damit dafür, daß die legis actio in ihrem vollen Umfange vollzogen war, entscheidende. Gleich dem lustrum war die l. c. als Zeugenaufrufung eine Form,

die wegfallen konnte, ohne daß am Wesen des Vorganges, dessen letztes Glied sie bisher war, etwas geändert wurde. War sie rechtlich nicht erforderlich, so hatte sie doch die Bedeutung, jeden Zweifel daran auszuschließen, daß der ihren Gegenstand bildende Vorgang nun ganz abgelaufen war. Sie hatte dann die Bedeutung des einem Satze beigefügten Punktum, das diesen als einen abgeschlossenen erkenntlich macht, während in Ermanglung desselben es zweifelhaft sein kann, ob der nicht durch dasselbe als abgeschlossen bezeichnete Satz ein abgeschlossener ist oder nicht. Daß sie im Formularprozesse abkam, dürfen wir nicht nur wegen mangelnder Spuren ihrer Erhaltung, sondern auch deshalb annehmen, weil der Sprachgebrauch der Juristen beiden Teilen bei der l. c. nicht dieselbe Rolle zuweist, die ihnen doch in Beziehung auf die l. c. als eine Zeugenaufrufung unzweifelhaft zukam. Erhielt sich aber, obgleich diese aufhörte, der Name der l. c. und hatte deren Bedeutung nicht sowohl auf ihrem besonderen Inhalte als auf ihrer Eigenschaft beruht, die abgeschlossene Vollziehung der legis actio und des sie im Formularprozesse ersetzenden Vorgangs zu bezeichnen, so bedeutete der Name, der sich nicht mehr beziehen konnte auf jene nicht mehr existierende Zeugenaufrufung, doch den Abschluß desselben Vorgangs, dessen Abschluß früher jene Zeugenaufrufung bezeichnete. Bedeutete der Name ursprünglich den Abschluß der ordinatio iudicii als einen durch eine testatio bezeichneten, so bedeutete er ihn nach deren Wegfall als solchen.

Jeder Vorgang hat einen bestimmten, wenn auch vielleicht noch so kurzen zeitlichen Verlauf. Er hat einen bestimmten Anfang und ein bestimmtes Ende. Für seine Wirkung hat besondere Bedeutung dieses, weil er vollständig abgelaufen sein muß, damit seine Wirkung eintrete. Bezeichnen wir einen rechtswirksamen Vorgang als einen solchen, der in einen bestimmten Zeitpunkt fällt, so meinen wir damit nicht sowohl den ganzen Vorgang als den Abschluß seines Verlaufes und damit den Beginn seiner Wirksamkeit. Ihn bezeichnen wir mit demselben Namen wie den ganzen Vorgang. Wir nennen den Vorgang eine Handlung, wenn ein wesentlicher Bestandteil desselben ein bestimmtes,

für seine Wirkung entscheidendes Verhalten einer Person ist. Wir bezeichnen als Handlung teils den ganzen Vorgang, teils das einen Bestandteil desselben bildende Verhalten des Handelnden. Als Ereignis oder Summe von Ereignissen gehört die Handlung mit dem Abschluß ihres Verlaufes der Vergangenheit an. Als Ursache der bestimmten Wirkung gelangt sie erst durch den Abschluß ihres Verlaufes zur vollendeten Existenz.

Die Eigenschaft der l. c. als einer Handlung der Parteien bezeugt ihre Bezeichnung als einer durch diese mit einander vollzogenen. Damit ist aber nicht gesagt, daß der Vorgang der l. c. in einem gegenseitigen Verhalten der Parteien aufging, sondern nur, daß er von einem solchen ausging. War er doch in seiner ursprünglichen für seinen Namen bestimmend gewordenen Eigenschaft als testatio ein bestimmtes Verhalten der Parteien nicht sowohl gegen einander als gegenüber den Zeugen nebst einem entsprechenden Verhalten dieser. Und mit dem Vorgange der litis contestatio ist nicht identisch der Zeitpunkt seines Abschlusses. Dadurch, daß jener als ein von den Parteien ausgehender eine Handlung derselben ist, wird nicht ausgeschlossen, daß er seinen Abschluß durch etwas andres als das Verhalten der Parteien findet, wie er schon in seiner ursprünglichen Eigenschaft als testatio seinen Abschluß nicht fand durch die testatio der Parteien, sondern erst durch die ihr nachfolgende und der durch sie ergangenen Aufforderung entsprechende testatio der Zeugen.

Wlassak (S. 7) macht es Keller zum Vorwurf, daß er den Zeitpunkt der lis contestata als den ideellen Endpunkt des Verfahrens in iure bezeichnet, während doch zahlreiche Äußerungen der Pandektenjuristen unter dem litem contestari ohne Zweifel eine wirklich geschehende Handlung verstehen. Es gilt aber von jeder Bezeichnung eines rechtswirksamen Vorganges, daß sie zugleich den Zeitpunkt bezeichnet, in dem er vollständig abgelaufen ist und damit seine Wirksamkeit begonnen hat. Ein Zeitpunkt ist nichts andres als eine Grenze. Er ist das Ende eines Zeitraums und der Anfang eines andren. Bei seiner Nennung kann zunächst an die eine oder an die andre Bedeutung desselben

oder gleichmäßig an die eine und die andre gedacht sein. Gehört der Vertrag einesteils als Ereignis oder Summe von Ereignissen vom Zeitpunkte seines vollendeten Verlaufes an der Vergangenheit an, während er andernteils zur Ursache rechtlicher Wirkungen erst durch das letzte für den Eintritt dieser erforderliche Ereignis wird, so ist der Zeitpunkt seiner Vollendung oder Perfektion einesteils der Endpunkt seiner Existenz als eines Ereignisses, andernteils der Anfangspunkt seiner rechtlichen Wirksamkeit. Hat das aus mehreren Ereignissen bestehende Ereignis der l. c. bestimmte rechtliche Wirkungen, so gilt auch von ihr, daß ihr Name die Gesamtheit dessen bezeichnet, was geschehen muß, damit man sagen könne, die l. c. sei erfolgt, daß er aber auch den Zeitpunkt bezeichnet, in dem das Ereignis der l. c. zum Abschluß gelangt ist und der einesteils dessen Endpunkt und andernteils der Anfangspunkt seiner rechtlichen Wirksamkeit ist. Diesen Zeitpunkt bezeichnet insbesondere der Name der lis contestata. Wird unterschieden die Zeit ante litem contestatam und post litem contestatam, so ist zweifellos, daß zwischen diesen beiden Zeiten keine Zwischenzeit liegt, sondern die Zeit der lis contestata nichts andres ist als die Grenze zwischen diesen beiden Zeiten oder der Endpunkt der einen und der Anfangspunkt der andren. Wlassaks Auffassung der litis contestatio als eines der Erteilung der formula nachfolgenden Parteiaktes ändert nichts daran, daß ihr Name teils ein eine bestimmte Zeit erfüllendes und mit deren Ablauf der Vergangenheit angehörendes Ereignis, teils dessen Ende und damit den Anfang seiner Wirksamkeit bezeichnet. So kurz wir uns auch jenen Parteiakt denken mögen, so nimmt er doch irgendwelche Zeit in Anspruch. Er beginnt zu bestimmter Zeit und ist zu bestimmter späterer Zeit zu Ende, und während die litis contestatio als Ereignis der Zeit von seinem Beginne bis zu seinem Ende angehört, so hat sie rechtliche Existenz erst, wenn er zu Ende ist, und bedeutet der Zeitpunkt der lis contestata diesen Endpunkt des Ereignisses und Anfangspunkt seiner Wirksamkeit.

Mit Kellers Bezeichnung des Zeitpunktes der lis contestata als eines i d e e l l e n ist nicht gemeint, daß es nicht um einen ganz bestimmten wirklichen Zeitpunkt sich handeln würde.

Es ist nur gemeint, daß die Bedeutung dieses Zeitpunktes beruht auf seiner Eigenschaft als Endpunkt des Verfahrens in iure. Keller geht davon aus, daß das Verfahren in iure nichts andres bezweckt als die ordinatio iudicii, und daß der Zeitpunkt der lis contestata der Zeitpunkt des eingetretenen Abschlusses der ordinatio iudicii ist, wobei der Begriff der litis contestatio die Frage offen läßt, wodurch jener Abschluß erfolgt. Dies entspricht dem von uns konstatierten Umstande, daß l. c. ursprünglich ein bestimmter, den Abschluß der ordinatio iudicii bezeichnender Vorgang und nach dessen Wegfall der Abschluß der ordinatio iudicii als solcher hieß. Nach Wlassak folgt dagegen daraus, daß der Name der l. c. einesteils das Ende der ordinatio iudicii und anderntcils eine Handlung der Parteien bedeutet, die Eigenschaft der l. c. als einer das Verfahren in iure zu Ende bringenden Handlung der Parteien. Darauf, daß die l. c. als Zeugenaufrufung eine solche war, kann man sich dafür nicht berufen; denn es kann kein Zweifel daran sein, daß jene Handlung nicht etwa durch eine andre abgelöst wurde, sondern ohne Ersatz weggefallen ist. Und jener Schluß ist ein Fehlschluß. Wie das Verbrechen eine Handlung des Verbrechers ist, wenngleich es erst mit dem Eintritt seines durch eine Reihe von Zwischengliedern vermittelten Erfolges vollendet ist, wie der Vertrag eine Handlung der Parteien ist, obgleich, damit er existiere, ihrem Verhalten noch andres und insbesondre noch die Genehmigung eines Dritten kann nachfolgen müssen, so folgt aus der Bezeichnung der l. c. als einer Handlung der Parteien nicht, daß die durch diese Handlung bezweckte Wirkung der lis contestata eine unmittelbare Wirkung des Verhaltens der Parteien ist. Sie ist auch dann eine Wirkung der l. c. als einer Handlung der Parteien, wenn sie eintritt mit der Vollziehung der durch die Parteien vom Prätor begehrten ordinatio iudicii oder der Erteilung der formula.

Nach Keller bezeichnet der Name der l. c. als Bezeichnung eines Vorgangs teils die Erteilung der formula teils das ganze Verfahren in iure. Wie reimt sich, so fragt Wlassak, die Beziehung des Ausdrucks auf eine obrigkeitliche Handlung mit der ausschließlichen Bezeichnung der l. c.

als einer Handlung der Parteien? Wenn aber die Formelerteilung nicht die l. c. ist, so kann sie doch den Vorgang der l. c. zum Abschluß und damit seine Wirkung zur Entstehung bringen. Ist es doch ebenso im Falle eines der Genehmigung eines Dritten bedürftigen Vertrages der Dritte, der durch seine Genehmigung dem Vertrage der andren zur vollendeten Existenz verhilft. Wenn andernteils nach Keller auch dem ganzen Verfahren in iure der Name der l. c. zukommt, so kann es ihn nur führen als ein durch die Parteien betriebenes, da sie es sind, die mit einander litem contestantur. Vollendet ist der Vorgang der l. c. erst mit der obrigkeitlichen Formelerteilung, bis zu der jede Partei auch als eine solche, die sich mit der andern über die zu erteilende Formel geeinigt hat, noch ihren Willen ändern kann. Wann hat aber der Vorgang der l. c. begonnen? Ein durch eine bestimmte Wirksamkeit sich kennzeichnender Vorgang hat diese erst als ein zum Abschluß gelangter. Gelangt er dazu nicht, so hat es keine Bedeutung, daß er sich zum Teil ereignet hat. Gelangt er aber dazu, so ist von Bedeutung nicht nur die Zeit seines Abschlusses, sondern die ganze Zeit seines Verlaufes. Würde z. B. bei einem Formalakt zwar nicht zur Zeit seiner zum Abschluß gelangten Vollziehung, aber während eines Teils der Zeit, in die seine Vollziehung fiel, eine an ihm mitwirkende Person der erforderlichen Handlungsfähigkeit entbehrt haben, so wäre der Akt nichtig. Bei formlosen Handlungen fehlt ein sicheres Kennzeichen für die Unterscheidung ihrer bloßen Vorbereitung vom Anfang ihrer Ausführung, wie ja auch bei einem Verbrechen dessen wegen seiner Strafbarkeit von unsrem Rechte verlangte Fixierung höchst schwierig ist. So entzieht sich denn auch bezüglich der l. c. als einer Handlung der Parteien oder eines von ihrem Willen ausgehenden Vorgangs die Frage ihres Anfangs genauer Beantwortung. Wenn wir miteinander kontrahiert haben, werden wir geneigt sein, den Anfang unsrer nun zum Abschluß gelangten Handlung mit dem Anfange unserer Verhandlung über den Vertrag als einen von uns gewollten zu identifizieren. Wie wir von da an im Begriffe waren, miteinander zu kontrahieren, so waren die Parteien im Begriffe, zur litis contestatio

miteinander zu schreiten, sobald sie in iure anfingen, einander als solche Gegner gegenüberzutreten, die gewillt sind, die zwischen ihnen bestehende Differenz durch richterliche Entscheidung beseitigen zu lassen. Solche Gegner sind aber die Parteien nicht schon dadurch, daß sie überhaupt in iure auftreten. Das Auftreten des Klägers in iure steuert nicht von vornherein auf das Ziel des iudicium los. Dieses ist für ihn nur ein Mittel zum Zwecke, und ein für dessen Erreichung nicht unerläßliches Mittel. Der Kläger erhebt einen Anspruch gegen den Beklagten. Jeder Anspruch wird erhoben zum Zwecke seiner Befriedigung. Wird in iure der erhobene Anspruch, sei es durch den Beklagten oder durch einen für ihn eintretenden Dritten, befriedigt, so geht das Verfahren zu Ende ohne jede auf das Ziel der l. c. gerichtete Tätigkeit. Dasselbe gilt, wenn der Beklagte den vom Kläger erhobenen Anspruch zwar nicht sofort befriedigt, aber zugesteht. Wie es hier überhaupt nicht zu einem Rechtsstreite kommt, so kommt es nicht zu einem durch richterliches Urteil zu entscheidenden Rechtsstreite, wenn es im Wege des ius iurandum in iure delatum zur Entscheidung über die vom Beklagten bestrittene Existenz des vom Kläger erhobenen Anspruchs kommt.

Damit überhaupt an l. c. gedacht werden könne, ist erforderlich nicht nur die Erhebung eines bestimmten Anspruchs durch den Kläger, sondern auch seine Bestreitung durch den Beklagten. Dieser gegenüber kann sich der Kläger auf die verschiedene Weise verhalten, daß er ihr weicht, also die Durchsetzung seines Anspruchs aufgibt, und daß er den Streit aufnimmt und seinen Austrag entweder, wo dies möglich ist, durch ein andres Mittel oder durch richterliches Urteil erstrebt. Erst dadurch, daß er auf dieses Ziel losgeht, betreibt er die l. c. Diese geht also allerdings von ihm aus, aber als eine nicht von vornherein, sondern erst infolge des vom Beklagten gegen seinen Anspruch erhobenen Widerspruchs zum Zwecke der Überwindung desselben von ihm gewollte. Das erste, was der Kläger in iure tun mußte, ist die dem Beklagten gegenüber erfolgende editio actionis oder Bezeichnung des von ihm erhobenen Anspruchs. Wie sie erfolgen mußte, kann hier dahingestellt bleiben. Jeden-

falls mußte sie mit solcher Bestimmtheit erfolgen, daß dem Beklagten zugemutet werden konnte, dazu Stellung zu nehmen.[1]) Wie es dem Kläger oblag, seinen Anspruch so bestimmt zu bezeichnen, daß der Beklagte in der Lage war, dazu Stellung zu nehmen, so lag es dem Beklagten ob, dessen Bestreitung so zu präzisieren, daß der Kläger wissen konnte, inwieweit die Existenz des von ihm behaupteten Rechtes durch den Gegner bestritten wurde. Begehrte z. B. der Kläger die Restitution einer vom Beklagten besessenen Sache, so mußte er den Rechtsgrund bezeichnen, auf den er diese Forderung stützte. Nannte er als solchen sein Eigentum, so war es Sache des Beklagten, zu erklären, ob er dieses verneine oder z. B. das trotz desselben seine Restitutionspflicht ausschließende Recht des usus fructus behaupte. Im zweiten Falle war der Kläger, der zunächst lediglich an die Geltendmachung seines Eigentums als solchen gedacht hatte, vor die Wahl gestellt, entweder wegen des nun zu seiner Kenntnis gelangten fremden Rechtes die Klage fallen zu lassen oder der Behauptung desselben mit der Behauptung seines Eigentums als eines nicht durch einen usus fructus des Beklagten beschränkten entgegenzutreten. Die zunächst vom Kläger als die durch ihn geltend gemachte actio bezeichnete rei vindicatio hat hier nie den Gegenstand einer von ihm gewollten litis contestatio gebildet. Hätte umgekehrt der Kläger zunächst als die von ihm geltend gemachte actio die negatoria bezeichnet, weil er glaubte, der Beklagte schreibe sich den usus fructus der Sache zu, deren Restitution er begehrte, so würde durch dessen Erklärung, er behaupte kein eignes Recht an der Sache, bestreite aber das Eigentum des Klägers an ihr, es zur l. c. nicht über die vom Kläger zunächst gemeinte negatoria, sondern nur über die rei vindicatio kommen können.

Die dem Beklagten gegenüber vollzogene editio actionis ist als eine in iure vollzogene auch dem Prätor gegenüber vollzogen. Und auch durch dessen Verhalten konnte das Verfahren in iure sein Ende finden, ohne daß es auch nur

---

[1]) Von der Streitfrage, ob sie erst in iure oder schon bei der in ius vocatio erforderlich war, sehen wir ab.

zum Versuche einer l. c. kam. War nach seinem Befinden der vom Kläger erhobene Anspruch unzulässig oder ein solcher, für dessen Begründung die von diesem behaupteten Tatsachen nicht ausreichten, so kam seine Bestreitung durch den Beklagten und damit eine l. c. nicht mehr in Frage.

Die Parteien haben angefangen, die l. c. miteinander zu vollziehen, wenn sie mit der dafür unerläßlichen Zulassung des Prätors gewillt sind, ihre Differenz zu richterlichem Austrage gelangen zu lassen, und über die dafür geeignetste formula verhandeln, was sie gleichfalls nicht nur unter sich tun, sondern zugleich mit dem Prätor. Sind sie über eine bestimmte nicht vom Prätor für unzulässig erklärte formula einig geworden, so haben sie die l. c. vollzogen in dem Sinne, daß sie getan haben, was ihrerseits erforderlich war, damit lis contestata sei oder ihre Differenz zur res in iudicium deducta werde. Dieser Erfolg tritt aber erst wirklich ein durch die obrigkeitliche datio iudicii, durch die erst ihre Einigung darüber, daß ihre Differenz durch das bestimmte iudicium erledigt werde, zu einer rechtswirksamen wird.

Die klägerische editio actionis ist noch nicht ein Anfang der litis contestatio als bloße Bezeichnung des erfolgten Anspruchs; sie ist aber ein solcher als Bezeichnung einer formula, die dem Beklagten den Vorschlag macht, vermittelst dieser die durch dessen Bestreitung des klägerischen Anspruchs vorhandene Differenz zum Austrag zu bringen. Gelingt es den Parteien nicht, sich über eine bestimmte formula zu einigen, so ist der Versuch der l. c. fehlgeschlagen. Dasselbe gilt, wenn sie zwar über eine bestimmte formula einig werden, aber der Prätor ihnen die von ihnen erbetene formula nicht gewährt. Nur dadurch kann die l. c. zur Durchführung kommen, daß eine bestimmte formula sowohl vom Kläger begehrt als vom Beklagten bewilligt und vom Prätor gewährt wird.

Nach Wlassak erlangt die vom Prätor gewährte formula durch eine ihrer Gewährung nachfolgende vom Kläger dem Beklagten angetragene und durch dessen Annahme des klägerischen Antrages abgeschlossene Vereinbarung die Bedeutung, für den Austrag des zwischen den Parteien bestehenden Rechtsstreites maßgebend zu sein. Diese Annahme stützt

Wlassak namentlich darauf, daß es der Beklagte ist, der iudicium accipit, und daß der Zeitpunkt der lis contestata identisch ist mit dem Zeitpunkte des iudicium acceptum. Der Beklagte soll dadurch iudicium accipere, daß er die vom Prätor dem Kläger erteilte Formel von diesem entweder übergeben oder zum Zwecke des Abschreibens vorgelegt oder diktiert bekommt. Anstatt dieser drei, nach Wlassak gleichmäßig möglichen Formen des iudicium accipere nimmt Lenel die eine Form des vom Prätor kontrollierten Diktates und der darauf vom Beklagten irgendwie abgegebenen Erklärung an, „unter dieser Formel prozessieren zu wollen". Sicher bezeugt ist weder die eine noch die andre Form des iudicium accipere. Wenn die l. c. überhaupt einen der prätorischen Formelerteilung nachfolgenden Formalakt der Parteien forderte, so ist es wenig glaublich, daß dafür anstatt einer Form deren drei zu Gebote gestanden hätten. Außerdem fällt aber an den von Wlassak angenommenen Formen auf, daß sie Formen nicht sowohl gegenseitiger Verständigung der Parteien als der bloßen Vollziehung und Entgegennahme einer Mitteilung der einen Partei an die andere zu sein scheinen. Daß einer dem andern eine bestimmte Urkunde zur Einsicht vorlegt, dient ersichtlich dem Zwecke, daß dieser von ihrer Existenz und ihrem Inhalte Kenntnis nehme. Beim Diktat dient diesem Zwecke das Vorsprechen des Diktierten, während das Nachschreiben durch den Empfänger des Diktates gleich dem Abschreiben der zur Einsicht vorgelegten Urkunde nicht sowohl eine Bedingung für die Entgegennahme der Mitteilung als eine Sicherungsmaßregel ihres Empfängers ist, der dadurch die von ihm entgegengenommene Mitteilung für sein Gedächtnis fixiert. Der Zweck, dem die Übergabe einer Urkunde dient, geht über die bloße Mitteilung ihrer Existenz und ihres Inhaltes hinaus, wenn ihre Übergabe die Einräumung einer mit ihrem Besitze verbundenen Macht bedeutet.

Für Wlassak ist die Hauptform der l. c. die Übergabe der formula. Natürlich denkt Wlassak nicht daran, dadurch eine Macht des Beklagten über die formula und damit über den Prozeß entstehen zu lassen. Kann es aber sich darum nicht handeln, so ist nicht verständlich, wie der Kläger die

vom Prätor ihm übergebene formula seinerseits dem Beklagten hätte übergeben und dadurch derselben sich hätte entäußern sollen, was der nach Wlassak dadurch zunächst verfolgte Zweck der Mitteilung nicht forderte und das eigene Interesse des Klägers an der formula kaum zuließ. Mit ihrer Übergabe an den Beklagten soll sich verbunden haben die ihm dadurch angetragene Vereinbarung, vermittelst derselben den Streit zu richterlicher Erledigung zu bringen, und die Entgegennahme der formula durch den Beklagten soll zugleich eine Annahme dieses Antrages gewesen sein. Damit wären aber zwei Vorgänge zusammengefallen, die nicht gleichzeitig, sondern nur successiv erfolgen konnten. Die Mitteilung bezweckt Kenntnisnahme. Durch die Entgegennahme des zum Zweck der Mitteilung übergebenen Schriftstücks ist die Realisierung dieses Zweckes noch nicht vollzogen, aber zu einer solchen geworden, deren Vollziehung nur noch vom Willen des Empfängers abhängt. Die Annahme der durch Übergabe eines Schriftstückes angetragenen Vereinbarung setzt dagegen normaler Weise die erfolgte Kenntnis seines Inhaltes und Erwägung der für und gegen seine Annahme sprechenden Gründe voraus. Daher fordert zwar der Antrag gleichzeitig zur Kenntnisnahme von seiner Existenz und zu seiner Annahme auf; aber seine Entgegennahme und seine Annahme durch den Empfänger sind nicht gleichzeitige, sondern aufeinanderfolgende Akte, und die von Wlassak für die Tätigkeit des Beklagten bei der litis contestatio angenommenen Formen sind Formen nicht der Annahme, sondern nur der Entgegennahme des klägerlichen Antrags. Ebenso hat dieser selbst in der von Wlassak angenommenen Form nicht die Gestalt einer Aufforderung des Beklagten zur Erklärung seiner Zustimmung, sondern nur die Gestalt seiner Aufforderung zur Kenntnisnahme. Beide Aufforderungen verhalten sich so zueinander, daß jene Aufforderung diese in sich schließt, wogegen das Umgekehrte nicht gilt; denn ich kann zu einem Inhalte nicht Stellung nehmen ohne ihn zu kennen, während ich mich darauf beschränken kann, von ihm Kenntnis zu nehmen, ohne im übrigen zu ihm Stellung zu nehmen.

Die von ihm angenommene Form des vom Beklagten nachgeschriebenen Diktates hat Lenel richtig als eine solche erkannt, die eine Form der Willenserklärung des Beklagten nicht ist. Erst durch diese als eine der Nachschrift des Diktates nachfolgende vollzog sich, wie er ausdrücklich betont, „die Litiskontestation selbst, und für sie war eine besondere Form, soweit wir wissen, nicht vorgeschrieben“ (391 f.). Lenel glaubt so „unter Festhaltung der Hauptergebnisse der Forschungen Wlassaks zu einer Lösung der Formfrage zu gelangen, die sowohl den Quellen, als der Forderung einer zweckmäßigen Gestaltung des Verfahrens, wie wir sie den Römern zutrauen dürfen, gerecht wird“ (S. 392). Daß die Quellen bezüglich der Erklärung des Beklagten uns ganz im Stiche lassen, betont Lenel selbst. Das dictare des Klägers ist mit Sicherheit weder als notwendige Form seiner Erklärung noch bezüglich seines Inhalts als Diktat in unserem Sinne bezeugt. Die hier nach Lenel vorliegende Form wäre ohne jede Analogie. Wir kennen Formen, die, wie die stipulatio und acceptilatio, das in bestimmter Reihenfolge gesprochene Wort beider Teile fordern. Wir kennen Formen, die, wie die mancipatio und in iure cessio, nur das Wort eines Teiles fordern. Dieser Teil vollzieht hier eine bestimmte Rechtsbehauptung in Anwesenheit des anderen, der durch diese sich als auctor zu erkennen gibt, wie es der tutor durch seine Anwesenheit beim Rechtsakte des Pupillen tut. Hier dagegen würde ein durch Antrag des einen und Annahme des anderen Teils zustande kommender Vertrag eine bestimmte Form erfordern nicht für die Annahme, aber für den Antrag, also nicht für die Handlung, durch die er zu vollendeter Existenz gelangt, aber für die den Prozeß seiner Entstehung eröffnende Handlung, die keine Rechtswirkung begründet, wenn jene nicht dazu kommt. Und nicht nur soll die Annahme formlos, aber der Antrag formell sein, sondern die Form des Antrags soll auch eine solche sein, die ihn nicht als Antrag, sondern lediglich als Mitteilung erscheinen läßt. Zugleich aber soll diese Mitteilung eine solche sein, die nicht nur der Vollziehung, sondern auch der Entgegennahme in bestimmter Form bedarf. Zwar spricht sich Lenel nicht eigens darüber aus, ob das Nachschreiben

des Beklagten nach seiner Meinung unerläßlich war. War aber, wie er annimmt, der Erklärung des Klägers die Form des Diktats wesentlich, so wurde sie erst durch das Nachschreiben des Beklagten zum wirklichen Diktat. Nach Lenel war eine besondere Aufforderung an den Beklagten, sich zu erklären, deshalb überflüssig, weil „das Diktat keinen anderen Zweck hat, als dem Beklagten die Erklärung zu ermöglichen“ und deshalb jene Aufforderung „stillschweigend enthält“ (S. 391 f.).

Sollen wir aber glauben, daß eine römische Form, die nichts anderes als eine bestimmte Aufforderung bezweckte, gerade diese Aufforderung nicht ausgedrückt, sondern „stillschweigend enthalten“ habe? Und wenn das Diktat zwar in Wirklichkeit behufs Ermöglichung der Erklärung, aber ostensibel zum Zweck der Kenntnisnahme vom diktierten Texte erfolgt, so fragt sich, ob denn die durch diese Form vorausgesetzte Eigenschaft des diktierten Textes als eines dem Beklagten bisher nicht bekannten denkbar ist. Nehmen wir sie an, so ist die Erteilung der formula für die litis contestatio lediglich eine Vorbereitungshandlung, die noch in keiner Weise die Erwartung begründet, daß es wirklich zur litis contestatio kommen werde. Der durch das Diktat vom Inhalte der erteilten formula unterrichtete Beklagte bedarf dann erst der Überlegung darüber, ob er auf diese formula sich einlassen soll oder nicht, und diese Überlegung kann das eine Ergebnis ebensogut haben wie das andere. Wie nun, wenn er auf die erteilte formula sich nicht einläßt? Soll es dann zur Erteilung einer anderen kommen und mit dieser das gleiche Spiel von vorn beginnen? Und wie oft soll der Versuch sich erneuern können, mittelst einer andren formula zur litis contestatio zu gelangen?

Soll die litis contestatio eine der Erteilung der formula nachfolgende Vereinbarung sein, so könnte diese Vereinbarung nur dann mit der durch den Kläger vollzogenen und durch den Beklagten entgegengenommenen Mitteilung der erteilten formula beginnen, wenn nicht schon ihre Erteilung das Ergebnis einer zwischen den Parteien und dem Prätor gepflogenen Verhandlung wäre. War sie, wie allgemein angenommen wird, ein solches, so könnte die litis contestatio

als eine der Erteilung der formula nachfolgende nur ein solcher Formalakt sein, dessen gemeinsame Vollziehung sich für die Parteien nach dem Vorangegangenen von selbst verstand. Wie nach Festus der Name der litis contestatio von Worten herkommt, die ordinato iudicio beide Parteien gleichmäßig vollzogen, so wäre auch für den Formularprozeß, falls die formula zu ihrer Geltung noch einer formellen Bestätigung der Parteien bedurft hätte, eine von ihnen gemeinsam vollzogene Erklärung zu erwarten; insbesondere wäre dann nicht zu verstehen, warum es gerade speziell vom Beklagten heißt, daß er iudicium accipit; vielmehr wäre ein dem iudicium sive formulam dare des Prätors entsprechendes gemeinsames accipere der Parteien zu erwarten. Allerdings ist dagegen das Verhalten der Parteien ein verschiedenes bezüglich der formula als einer zu erteilenden. Nur der Kläger ist es, der ihre Erteilung begehrt. Der Beklagte ist ein solcher, der mit ihrer vom Kläger begehrten Erteilung sich einverstanden oder nicht einverstanden erklärt. Er kann sich auch mit ihr einverstanden erklären unter einer Bedingung. So wenn er die Aufnahme einer exceptio in die formula begehrt. Er begehrt dadurch nicht positiv die Erteilung der formula als einer mit der bestimmten exceptio versehenen. Er begehrt nur negativ, daß die formula nicht erteilt werde als eine mit dieser exceptio nicht versehene. Kommt es zu keinem Einverständnisse der Parteien bezüglich der formula, so kommt es auch nicht zu ihrer Erteilung. Ist der Beklagte ohne genügenden Grund nicht einverstanden mit der vom Kläger begehrten formula, so ist er indefensus. Beharrt der Kläger, anstatt eine andere formula zu erbitten, auf einer solchen, die mit Recht die Zustimmung des Beklagten nicht gefunden hat, so erfolgt denegatio actionis. Die Fassung der formula hängt aber nicht nur vom Willen der Parteien ab. Der Prätor erteilt keine nach seinem Ermessen nicht zulässige formula. Hat er z. B. den Verdacht, daß eine gegen das senatus consultum Velleianum verstoßende intercessio der beklagten mulier vorliegen könnte, so gibt er die erlassene formula nicht ohne die exceptio senatus consulti Velleiani. Auch diese drängt er dem Kläger nicht auf, dem er aber actionem denegat, wenn derselbe

nicht damit einverstanden ist, daß die formula als eine mit dieser exceptio versehene erteilt wird. Der Bewilligung des Beklagten bedarf die Fassung der formula nur insoweit als sie zu seinen Ungunsten gereicht. Daß insbesondere z. B. die exceptio Senatus consulti Velleiani oder Macedoniani, die exceptio temporis, rei iudicatae, rei in iudicium deductae nicht ohne seinen Antrag hätte in die formula aufgenommen werden können, ist eine grundlose Annahme.

Die erste Frage bezüglich der vom Kläger begehrten formula ist die der selbständigen Entscheidung des Magistrats anheimfallende Frage, ob sie überhaupt zulässig ist. Ist sie nach seinem Ermessen unzulässig, so kann es zur litis contestatio überhaupt nicht kommen. Wie er im Falle des Verdachtes, daß Verjährung, res iudicata oder in iudicium deducta oder ein Verstoß gegen das senatus consultum Macedonianum oder Velleianum vorliegen könnte, die erbetene formula nicht ohne die entsprechende exceptio zuläßt, so verweigert er ihre Gewährung schlechthin, wenn jenes Hindernis wirksamer actio für ihn feststeht. Erst wenn er in diesem Sinne nicht actionem denegat, sondern actionem dat[1]) oder die Rechtsverfolgung des Klägers zuläßt, erhebt sich, falls ihr der Beklagte durch Bestreitung des vom Kläger erhobenen Anspruchs entgegentritt, die Frage der zu erteilenden formula. Für ihre Erteilung ist die Einigung der Parteien über ihren Inhalt eine Vorbedingung. Daß der Kläger litem contestatur cum reo, bedeutet, daß er diese Einigung durch Verhandlung mit dem Beklagten betreibt. Gegenstand dieser Einigung als einer erst noch im Werden befindlichen ist nicht eine bestimmte formula, da die Verhandlung eben das Ziel hat, eine solche formula zu finden, die sowohl beiden Parteien genehm ist als auch Aussicht darauf hat, als eine durch den Kläger mit Zustimmung des Beklagten erbetne vom Prätor erteilt zu werden. In ihrer Eigenschaft als Verhandlung des Klägers mit dem Beklagten erreicht die l. c. ihr Ziel dadurch, daß der Beklagte jenem gegenüber iudicium accipit oder zur Erbittung einer bestimmten formula seine Einwilligung erteilt.

[1]) Mit Recht hat Wenger a. a. O. betont, daß actionem dare keineswegs immer = iudicium oder formulam dare ist.

Durch das litem contestari des Klägers mit dem Beklagten und dessen iudicium accipere ist aber noch nicht gegeben die Wirkung der lis contestata oder des iudicium acceptum. Beide Ausdrücke bezeichnen dieselbe Wirkung [1]) und unterscheiden sich nicht etwa dadurch von einander, daß jeder vorwiegend eine andre Partei als diejenige bezeichnen würde, auf deren Handlung jene Wirkung zurückgeht. Träfe dies zu, so wäre z. B. bei Gai. III. 180 anstatt der litis contestatio, von der es heißt, daß durch sie incipit teneri reus, eher das iudicium acceptum zu erwarten gewesen. Iudicium accipere ist etwas, das keineswegs nur vom Beklagten gesagt wird, und wie zwar die l. c. als Verhalten der Parteien wegen der dabei dem Kläger zukommenden Initiative in erster Linie auf ihn bezogen wird, aber die Bezeichnung der lis contestata jeder besonderen Beziehung auf die Person des Klägers entbehrt, so entbehrt auch die Bezeichnung des iudicium acceptum jeder besonderen Beziehung auf die Person des Beklagten.

Die Bezeichnung des iudicium acceptum bedeutet gleich der mit ihr identischen Bezeichnung der lis contestata nicht eine Tätigkeit der Parteien, sondern eine für sie eingetretene Wirkung. Mein accipere kann bedeuten eine Tätigkeit, die ich vollziehe, oder eine Wirkung, die ich erfahre. Das iudicium ist ein Gegenstand des accipere und des dare. Wäre, wie Wlassak will, das iudicium oder die formula ein Gegenstand des dem Kläger gegenüber erfolgenden accipere des Beklagten in dem Sinne, daß der Beklagte die formula als eine vom Prätor dem Kläger erteilte aus dessen Händen entgegennahm, so würde dem accipere des Beklagten ein dare des Klägers entsprechen. Als die Person, die iudicium oder formulam dat, tritt uns aber ausschließlich der Magistrat entgegen. Es fragt sich, ob diesem dare ein accipere der Parteien im Sinne einer seiner Vollziehung durch den Prätor nachfolgenden und für seine Vollendung erforderlichen Handlung der Parteien in der Weise entspricht, wie das einer

[1]) Die Bezeichnung des iudicium acceptum ist aber insofern umfassender, als sie sich auch bezieht auf solche iudicia, bei denen es sich überhaupt nicht um Entscheidung einer lis handelt wie beim iudicium divisorium.



bestimmten Person gegenüber erfolgende dare einer Sache erst durch das Nehmen des Empfängers zur Vollendung gelangt. Dies ist Wlassaks Annahme. Er betont, daß nicht etwa nur die datio iudicii vermittelst der Ausstellung der formula erfolgt, sondern daß in jener Wendung das Wort iudicium nichts anderes bedeute als diese bestimmte Urkunde. Bedeutet es also einen bestimmten körperlichen Gegenstand als solchen, so liegt nichts näher, als daß die Bezeichnung des dare in ihrer Anwendung auf diesen Gegenstand dieselbe Bedeutung hat, die ihr in Anwendung auf solche Gegenstände regelmäßig zukommt, oder die Bedeutung der durch Besitzübertragung erfolgenden Eigentumsübertragung. Der Prätor übergibt die formula dem Kläger. Dieser nimmt sie aus des Prätors Hand entgegen als eine in seinen Besitz und sein Eigentum (dessen Übergang ja gerade in Anwendung auf Sachen der Name der datio bezeichnet) übergehende, und er gibt sie weiter an den Beklagten, wenn er wenigstens die Form der l. c. wählt, die nach Wlassak ihre Hauptform ist. Wenn nun das iudicium accipere des Beklagten die Entgegennahme der ihm vom Kläger übergebenen formula ist, so ist die Annahme nur konsequent, daß dadurch das Eigentum der vom Kläger dem Beklagten übergebenen Sache ebenso auf diesen übergeht, wie es durch die Übergabe des Prätors auf den Kläger übergegangen war. Diese Konsequenz wird freilich von Wlassak nicht gezogen und konnte von ihm nicht gezogen werden, da sie ihrerseits schlechthin unannehmbare Konsequenzen hätte. Wäre das dare und accipere des iudicium ein solches Geben und Nehmen der formula gewesen, so wäre es zuerst dem Kläger und nachher dem Beklagten möglich gewesen, durch ihre Beseitigung die ganze sich an sie knüpfende Wirkung auszuschließen. Wenn Wlassak, wie wir schon konstatiert haben, weit davon entfernt ist, an eine solche Macht des Beklagten zu denken, dem der Kläger die formula übergeben hat, so ist doch nach seiner Auffassung trotz der prätorischen Formelerteilung noch insofern res integra, als es nach ihr dem Kläger freisteht, über die erteilte formula die l. c. mit dem Beklagten zu vollziehen oder nicht zu vollziehen. Und auch wenn er zu ihrer Vollziehung

schritt, aber der Beklagte die dazu seinerseits erforderliche Mitwirkung unterließ, mußte die erteilte formula unwirksam bleiben. Wie aber nicht angenommen werden kann, daß, nachdem durch die Erteilung der formula der Prätor das Seinige zur Begründung des iudicium getan hatte, diese noch hätte scheitern können an der Weigerung des Beklagten, die formula aus der Hand des Klägers entgegenzunehmen, so auch nicht, daß es dem Kläger freigestanden hätte, dadurch, daß er die ihm erteilte formula nicht zur l. c. verwendete, ihre Wirksamkeit auszuschließen. Nichts hinderte die Parteien, die durch die prätorische datio iudicii ermöglichte richterliche Entscheidung nicht herbeizuführen. Sie hatten aber nur noch die Wahl, ihren Rechtsstreit entweder mittelst der erteilten formula oder überhaupt nicht zum Austrag zu bringen, und der Kläger konnte den zum Gegenstande des angeordneten iudicium erhobenen Anspruch nicht mehr auf andre Weise verfolgen. Wäre diese Wirkung erst eingetreten durch eine der Erteilung der formula nachfolgende Vereinbarung der Parteien, so hätte der Kläger, anstatt dem Beklagten diese Vereinbarung anzutragen, gegen ihn ebenso vorgehen können, wie wenn die formula nicht erteilt worden wäre, und wenn die Parteien nachträglich anstatt derselben lieber eine andre gehabt hätten, so hätte sie nichts gehindert, eine solche zu erbitten. Und diese Variation wäre nicht nur einmal, sondern beliebig oft möglich gewesen.

So ergibt die Annahme, daß die formula nicht schon durch ihre Erteilung, sondern erst durch eine ihr nachfolgende Vereinbarung der Parteien maßgebende Bedeutung gehabt habe, unerträgliche Konsequenzen. Für dieselbe kann man sich nicht darauf berufen, daß doch auch die l. c. in ihrer ursprünglichen Bedeutung als Zeugenaufrufung der übrigen ordinatio iudicii nachfolgte. Hier handelte es sich nicht um eine erst noch zu treffende Entscheidung. Hier entsprach die den Schluß der Verhandlung bildende Aufforderung lediglich der schon bei ihrem Beginn an die Zeugen ergangenen rogatio. Und es ist nicht berichtet, daß jene Aufforderung ein Erfordernis der rechtlichen Geltung dessen, was sie zu bezeugen aufforderte, gewesen wäre.

Wir wissen nicht, in welcher Form der Prätor die formula erteilte. Wir haben aber keinen Grund, ihre Erteilung für etwas andres zu halten als eine Amtshandlung, deren Wirksamkeit unmittelbar durch ihre Vollziehung eintrat. Der Tätigkeit des Prätors, der iudicium dat, entspricht ein accipere der Parteien nicht im Sinne einer Tätigkeit, die der seinigen erst rechtliche Wirkung verleihen würde, sondern in dem Sinne, daß ihnen durch seine Tätigkeit zu teil wird, was sie von ihm erbeten haben. Das iudicium acceptum ist ein solches, das sie auf ihren Antrag vom Prätor erhalten oder bekommen haben. Daß der Prätor iudicium dat, ist identisch damit, daß er iudicem dat. Er bestellt das bestimmte iudicium als ein durch den bestimmten iudex zu erledigendes oder, was dasselbe ist, den bestimmten iudex als einen zur Erledigung des bestimmten iudicium berufenen. Er bestimmt damit nicht dessen Entscheidung als eine unabhängig vom Verlangen der Parteien oder einer Partei eintretende, aber er bestimmt sie als eine für die Existenz des zu ihrem Gegenstand erhobenen Rechtsverhältnisses maßgebende und bestimmt damit dieses als ein solches, dessen Geltendmachung nicht mehr auf anderem Wege möglich ist. Wie vom iudicium acceptum oder accipiendum, so ist gelegentlich auch davon, daß iudicium accipitur, die Rede ohne jeden Hinweis auf ein bestimmtes Subjekt des accipere.[1]) Es ist sodann namentlich davon die Rede, daß inter me et te, inter nos, inter heredes, inter omnes cives Romanos u. dgl. iudicium accipitur. Es ist davon die Rede, daß der eine mit dem andren iudicium accipit. In allen diesen Fällen ist gemeint das Bekommen oder Erhalten des iudicium, das von beiden Parteien und insofern vorzugsweise vom Kläger gilt als das iudicium ein von diesem erbetenes ist. Von diesem accipere, durch das die Wirkung des iudicium acceptum eintritt, ist das speziell dem Beklagten zugeschriebene iudicium accipere wesentlich verschieden als eine der Erteilung der formula vorangehende Tätigkeit. Wenn es uns begegnet als Gegenstand eines prätorischen cogere, so ist dieses cogere und sein Erfolg etwas der Erteilung der formula Vorangehendes. Es handelt

[1]) Die im vocabularium iurisprudentiae Romanae zusammengestellten Belege bedürfen hier nicht der Wiederholung.

sich um einen Druck, den der Prätor auf den Beklagten ausübt, nicht damit dieser der bereits erteilten formula zustimme, sondern damit er in ihre Erteilung einwillige. Wenn die Rede ist von der Bereitschaft des Beklagten zum accipere iudicium, so ist gemeint, daß er den Anspruch des Klägers nicht anerkennt, aber bereit ist, dazu mitzuwirken, daß bezüglich desselben ein iudicium erteilt wird. Wenn (l. 30 pr. aed. ed. 21, 1) von einer ex utraque parte zu leistenden Kaution die Rede ist, falls servi redhibendi nomine emptor iudicium accepit vel ipse eius nomine dictavit, so ist damit ausdrücklich die Kautionsleistung bezeichnet als eine dem accipere iudicium nachfolgende, während sie dem iudicium acceptum im Sinne der lis contestata vorausgehen mußte. Ist hier der Beklagte nicht erst nach, sondern vor der Erteilung der formula ein solcher, der iudicium accepit, so ist auch schon vor dieser der Kläger ein solcher, der iudicium dictavit, was also nicht ein Diktat der formula als einer bereits erteilten, sondern nur ihren Vorschlag als einer vom Prätor zu erbittenden bedeuten kann. Wie hier das dictare, so ist in l. 15 D. de auct. 25, 8 das edere iudicium dem accipere entgegengesetzt. Es ist gesagt, daß dafür idem tutor auctor utrique fit. Auch diese auctoritas folgt nicht etwa der Erteilung der formula nach, sondern geht ihr voran. Hätte der Prätor auf Grund einer in Abwesenheit des tutor erfolgten Einigung der Parteien die formula erteilen sollen auf die Gefahr hin, daß ihre Erteilung wirkungslos blieb? Und woher sollte, wenn der tutor nicht schon vor der Erteilung der formula zugegen war, seine auctoritas zu ihrer Bestätigung durch l. c. kommen?

So geht das iudicium accipere als Tätigkeit des Beklagten der Erteilung der formula voraus, während es als Erlangung oder Empfang des iudicium durch diese erfolgt. Daß seine Erlangung identisch ist mit der lis contestata, zeigt anschaulich der Ausspruch des Paulus: ante litem contestatam libera potestas est vel mutandi procuratoris vel ipsi domino iudicium accipiendi. Bis die auf den Namen des procurator lautende formula erteilt ist, kann ihn der dominus noch wechseln, sowie noch ein auf seinen eigenen Namen lautendes iudicium erlangen. Lehrreich ist in dieser Beziehung auch die Vergleichung des iudicium acceptum mit

der novatio. Im Falle des Wechsels einer Partei ist an der die novatio bewirkenden stipulatio die ausscheidende Partei nicht beteiligt; sie ist aber, sei es als Gläubiger mit ihrer Zustimmung oder als Schuldner unabhängig von dieser, an der durch die Handlung andrer Personen bewirkten novatio beteiligt als einer ihre obligatio tilgenden. Ebenso ist im Falle des durch die l. c. bewirkten Parteiwechsels die Wirkung des iudicium acceptum nach ihrer negativen Richtung auch gegeben für den durch die l. c. ausscheidenden Beklagten, wenngleich die dem Beklagten zukommende Tätigkeit des iudicium accipere seinerseits nicht stattgefunden hat. Daß der Zeitpunkt der lis contestata oder des iudicium acceptum kein andrer war als der Zeitpunkt der erteilten formula, zeigt deutlich der Umstand, daß mit jenem Zeitpunkte das dominium litis des Vertreters eintrat, und daß es für die Entscheidung ankam auf die damalige Existenz des von der formula bezeichneten Rechtsverhältnisses. Dadurch wurde der Vertreter zur Prozeßpartei, daß die formula als eine solche erteilt wurde, deren condemnatio auf seine Person lautete, und deshalb kam es an auf die Existenz des bestimmten Rechtsverhältnisses zur Zeit der litis contestatio, weil die formula desselben im Praesens gedachte.

Galt der Satz: bis de eadem re ne sit actio, so war eine andere actio in derselben Sache ausgeschlossen, nachdem die eine actio stattgefunden hatte. In welchem Sinne dies zu verstehen ist, ergibt sich aus dem Sinne, in dem durch die eine actio eine andre ausgeschlossen ist. Der Sinn dieses Ausschlusses ist die Unmöglichkeit rechtsgültiger Bestimmung eines zweiten iudicium in derselben Sache, woraus sich ergibt, daß die actio als eine diesen Ausschluß begründende zur Existenz gelangt ist, wenn sie soweit durchgeführt ist, daß die Sache zum Gegenstand eines iudicium geworden ist. Ein solcher ist sie im Formularprozeß geworden durch die Erteilung der formula. Iudicium heißt aber nicht die formula als solche, und das iudicium, als dessen Gegenstand die Sache nicht mehr zum Gegenstand eines anderen iudicium werden kann, ist ein zukünftiges oder ein solches, von dem der Prätor bestimmt hat, daß es stattfinden wird. Wirklich stattgefunden hat es erst durch die richterliche

Entscheidung, und obgleich der Prätor bestimmt hat, daß es stattfinden wird, kann es auch nicht stattfinden, weil die Parteien nicht tun, was sie tun müssen, damit es stattfinde. Dadurch also, daß sie das iudicium erlangt oder bekommen haben (iudicium acceperunt), haben sie erlangt oder bekommen die Möglichkeit des Eintritts richterlicher Entscheidung als eine solche, deren Verwirklichung nur noch von ihnen abhängt, und diese Möglichkeit hat unabhängig davon, ob sie sich verwirklichen wird, die Bedeutung, daß ausgeschlossen ist die Möglichkeit einer rechtsgültigen anderen auf andrer Grundlage ergehenden Entscheidung; daß also die Parteien nur noch die Wahl haben, die Sache entweder auf dieser Grundlage oder überhaupt nicht zum Austrage kommen zu lassen, wodurch insbesondere der Kläger nur noch die Wahl hat, seinen Anspruch entweder durch Betreibung dieser Entscheidung oder überhaupt nicht mehr zu betreiben. Daß er nicht die Möglichkeit einer zweiten actio in derselben Sache hat, bedeutet also nicht nur die Unmöglichkeit der Erwirkung eines andren iudicium in derselben Sache, sondern die Unmöglichkeit, sie noch auf irgend einem andern Wege als durch Betreibung dieses iudicium zu betreiben.

Die Sache ist dadurch, daß sie nicht mehr ein Gegenstand andrer Betreibung als durch Betreibung des bestimmten iudicium ist, in iudicium deducta. Die durch seine obrigkeitliche Anordnung bestimmte entscheidende Bedeutung des bestimmten iudicium ist es, um deren willen jede andre actio in derselben Sache ausgeschlossen ist. Hat es stattgefunden, so ist nicht mehr res in iudicium deducta, sondern res iudicata. Die Wirkung davon ist verschieden nach dem Inhalte des Urteils. Konnte der Anspruch des Klägers bisher nur noch betrieben werden durch Betreibung des Urteils als eines zu fällenden, so kann er jetzt nur noch betrieben werden durch Geltendmachung des Urteils als eines gefällten. Das meint der Satz: post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere. Der durch die l. c. gegebene Ausschluß jeder andern Betreibung des klägerischen Anspruchs als durch Betreibung des iudicium weicht daher mit dem Urteil dem

Ausschlusse andrer Betreibung desselben als durch Geltendmachung des iudicatum, die selbst wieder zu einem iudicium nicht führen muß, aber wegen der Bestreitung der Gültigkeit des Urteils durch den Beklagten führen kann. Die Unmöglichkeit, das zum Gegenstand des iudicium Erhobene zum Gegenstand eines andren iudicium zu erheben, besteht gleichmäßig im Falle der res iudicata und der res in iudicium deducta. Es ist aber nicht etwa der Fall jener lediglich ein mit einem besonderen Namen versehener Fall dieser. Ist es zu einem Urteile nicht gekommen, so ist auch dann noch res in iudicium deducta, wenn es wegen Prozeßverjährung zu einem solchen nicht mehr kommen kann. Ist es dagegen zu einem solchen gekommen, so ist auch dann nicht mehr res in iudicium deducta, wenn das gefällte Urteil nichtig ist.[1]) Die res in iudicium deducta ist ein vorläufiger Zustand, der bestimmt ist, abgelöst zu werden durch den Zustand der res iudicata. Solange es nicht zu dieser Ablösung kommt, bleibt es bei jenem Zustande, bei dem es daher endgültig bleibt, wenn es zu seiner Ablösung durch den Zustand der res iudicata nicht mehr kommen kann. Nachdem es dagegen zur Fällung des Urteils gekommen ist, hat jener vorläufige Zustand nicht nur aufgehört, sondern es hat auch keine Bedeutung mehr, daß er in der Zwischenzeit bestanden hatte.

Ist das Urteil gültig, so ist jede Erneuerung des Rechtsstreites als eines durch dasselbe entschiedenen ausgeschlossen. Ist es nichtig, so muß keine Partei es gelten lassen. Wäre aber wegen der Nichtigkeit des gefällten Urteils zwar nicht res iudicata, aber trotz seiner erfolgten Fällung noch res in iudicium deducta, so würde der Erneuerung des durch dasselbe aberkannten Anspruchs zwar nicht die exceptio rei iudicatae, aber die exceptio rei in iudicium deductae entgegenstehen, also die Nichtigkeit des Urteils dem durch dasselbe abgewiesenen Kläger nichts nützen. Daß durch das Urteil die l. c. und ihre Wirkung wieder außer Kraft gesetzt wird, sagt Gai. III 180 ausdrücklich, wenn er erklärt,

[1]) Nach Eisele (Ztschr. XXI S. 33) ist es freilich „nicht sehr wahrscheinlich, daß irgend jemand auf den Gedanken kommen sollte, es werde die durch l. c. bewirkte Konsumtion durch das nachfolgende Urteil wieder hinfällig“.

daß der Verurteilte sublata litis contestatione incipit ex causa iudicata teneri. Hieß es, ante litem contestatam dare debitorem oportere, post litem contestatam condemnari oportere, post condemnationem iudicatum facere oportere, so weicht hier der erste Zustand dem zweiten und der zweite dem dritten nicht nur im Sinne eines solchen, der vom Eintritte des folgenden Zustandes an nicht mehr existiert, sondern als ein solcher, dessen frühere Existenz nach dem Eintritte des folgenden Zustandes nicht mehr in Frage kommt. Das ursprüngliche dare oportere besteht kraft der für seine Existenz von Rechts wegen maßgebenden Tatsachen. Für die Existenz des durch die l. c. begründeten condemnari oportere ist maßgebend die Fassung der formula, für das iudicatum facere oportere der Inhalt des Urteils. Ist es zur Erteilung einer bestimmten formula gekommen, so besteht die Anwartschaft auf ein bestimmtes Urteil nach Maßgabe dieser; ist es zum Urteile gekommen, so besteht der Anspruch auf seine Befolgung nach Maßgabe seines Inhaltes, und es hat keine Bedeutung, daß die Voraussetzungen der durch die formula bestimmten Anwartschaft auf condemnatio sich nicht decken mit den rechtlichen Voraussetzungen des ursprünglichen dare oportere und daß eine Verurteilung erfolgt ist, ohne daß, oder nicht erfolgt ist, obgleich zutrafen die, sei es vom Rechte oder durch die formula, für den Anspruch des Klägers bestimmten Voraussetzungen. Nach erfolgter l. c. ist es zwar nicht notwendig, aber das Normale, daß es auch zum Urteile und damit zur Ablösung ihrer Wirkung durch die seinige kommt. Ebenso kam tatsächlich die exceptio rei iudicatae weit häufiger vor als die exceptio rei in iudicium deductae. Naturgemäß waren die Fälle die selteneren, in denen es trotz erfolgter l. c. nicht zum Urteil kam. Ebenso naturgemäß kam der Fall der Klage in einer durch Urteil erledigten Sache öfter vor als der Fall der Klage bezüglich einer res in iudicium deducta. Und im Gegensatze zu der nur bis zum Urteil platzgreifenden exceptio in iudicium deducta griff die exceptio rei iudicatae dauernd Platz. So hat es gewiß nichts Auffallendes, daß Gaius regelmäßig bei der Nennung beider Exzeptionen die exceptio rei iudicatae voranstellt. Dagegen spricht die Art,

wie er sie neben einander nennt, weder für ihre von Lenel angenommene Identität noch für Eiseles Vermutung, daß die eine und die andre für verschiedene Prozesse gegolten habe. Sagt er insbesondre in unmittelbarem Anschluß daran, daß durch die l. c. obligatio principalis dissolvitur, der Beklagte beginne teneri litis contestatione, wogegen er, si condemnatus sit, sublata litis contestatione beginne ex causa iudicati teneri, und erklärt er, daß diese Wirkung beim iudicium legitimum ipso iure eintrete, wogegen, si imperio continenti iudicio egerim . . . debeo per exceptionem rei iudicatae vel in iudicium deductae summoveri, so läßt sich das nicht so verstehen, daß in bestimmten Fällen die eine, in andren die andre exceptio platzgreife, sondern nur so, daß zunächst auf Grund der l. c. die exceptio rei in iudicium deductae und dann auf Grund des Urteils die exceptio rei iudicatae platzgreife.

Neuerdings hat man bestritten, daß im Gegensatz zu den durch die Parteien vollzogenen legis actiones die formulae durch den Prätor erteilt worden seien. Nach Trampedach (Ztschr. XVIII S. 143) ist „in der Tat nicht einzusehen", warum „gerade der Prätor die schriftliche Formel ausgefertigt haben sollte". Vielmehr sei ihre Aufzeichnung „lediglich Parteiensache" gewesen, und die litis contestatio habe in der „unter Mitwirkung des Beklagten und des Prätors" durch den Kläger erfolgten Feststellung des Wortlauts der formula bestanden. Es ist hier zunächst zu konstatieren, daß er über die Verschiedenheit der formulae von den legis actiones eine ganz falsche Vorstellung hat, wenn er erklärt, daß kraft jener dem iudex „nur die Entscheidung über die Tatfrage überlassen blieb" (S. 134). Die obrigkeitliche Redaktion der formulae begründete die Möglichkeit solcher formulae, die durch eine fictio den iudex anwiesen, von einem bestimmten Erfordernisse für die Existenz des klägerischen Rechtes abzusehen, sowie solcher, die ihn anwiesen, im Fall bestimmter Facta unabhängig davon zu Gunsten des Klägers zu erkennen, ob jene Facta ipso iure ein Recht des Klägers begründen. Im Fall einer schlechthin in ius konzipierten formula ist dagegen keine Rede von einer Beschränkung der dem iudex zustehenden Entscheidung auf

die Tatfrage. Daher kann auch nicht jene Beschränkung die wesentliche Verschiedenheit der formula von der legis actio begründen. Vielmehr besteht diese Verschiedenheit im Gegensatze der legis actio als einer unter obrigkeitlicher auctoritas vollzogenen Parteierklärung und der formula als einer von den Parteien beantragten beziehungsweise bewilligten obrigkeitlichen Erklärung, die allerdings zugleich von jener sich unterschied durch ihre von der Obrigkeit nach eigenem Ermessen vollzogene Redaktion, sowie durch ihre Schriftlichkeit. Die Annahme dieser bezeichnet freilich Kübler (Ztschr. XVI 179) als ein unbegründetes Dogma. Er fragt, ob man sie etwa auf die Worte des Gaius (4, 141) stütze, daß vor dem Richter editis formulis verhandelt werde. Das sei, wendet er ein, „ja vom Interdikt gesagt", über dessen mündliche Erteilung alle Forscher einig seien. Er scheint also die editae formulae als Interdiktsformeln anzusehen, während es sich um formulae handelt, die nach der Erteilung des Interdikts erteilt sind teils bei gewissen Interdikten kraft ihrer sofortigen Erbittung durch den Beklagten, teils auf Grund einer sponsio und restipulatio der Parteien. Ebensowenig, meint Kübler, dürfe man sich auf die praescriptiones berufen; denn wenn Gaius (IV 132) sage, daß sie ante formulas praescribuntur, so sage er doch nicht, daß sie der Prätor schreibe, was ja auch der Kläger habe tun können, nämlich bei Einreichung der actio, deren schriftliche Einreichung überhaupt wahrscheinlich sei. Gegen diese Ausführungen berufen wir uns nicht auf die von Erman (Ztschr. XVII S. 134) bei Hor. Sat. II, 1, 86 gefundenen höchst problematischen tabulae iudicii. Aber wer spricht denn durch die formula? Wer vollzieht die durch sie vollzogene Bestellung und Instruktion des iudex? Wenn der übrigen formula mit den Worten ea res agatur eine praescriptio vorangeht, die bestimmt, das Folgende sei zu verstehen mit einem durch sie gemachten Vorbehalt, wer macht diesen Vorbehalt? Wenn eine condemnatio cum taxatione das Maß der zulässigen condemnatio auf eine bestimmte Summe beschränkt, wer trifft diese Beschränkung? Gewiß wird, was Trampedach a. a. O. S. 143 besonders betont, vom Kläger gesagt, daß er intendit usw., wie es vom Be-

klagten heißt, daß er excipit. Beides bedeutet aber eine von der einen oder der anderen Partei begehrte intentio oder exceptio, während eine solche erst existiert als eine durch die prätorische Erteilung der formula zu einem Bestandteil der erteilten formula gewordene.[1])

Wie die einzelne Partei dadurch intendit oder excipit, daß sie eine bestimmte intentio oder exceptio vorschlägt, die aber rechtliche Existenz erst erlangt als ein Bestandteil der in Gemäßheit jenes Vorschlags vom Prätor erteilten formula, so ist der Kläger ein solcher, der dadurch mit dem Beklagten litem contestatur, daß er diesem eine bestimmte formula vorschlägt, durch deren Erteilung die von seinem Vorschlag ausgegangene l. c. fertig wird. Ebenso heißt stipulatio der aus der rogatio der einen und der promissio der andern Partei sich zusammensetzende Vertrag, aber auch speziell das Verhalten der Partei, von deren Antrag der Vertragsschluß ausgeht. In derselben Weise hat die mancipatio und in iure cessio ihren Namen von einer Partei als derjenigen, die mancipat oder in iure cedit, obgleich sie nicht einmal eine positive Willenserklärung dieser, wohl aber eine solche der andern Partei fordert, und obgleich insbesondere die in iure cessio erst vollendet wird durch eine Erklärung der Obrigkeit, vor der sie geschieht. Die manumissio vindicta und censu ist eine Handlung des manumissor, obgleich zur Vollendung jener die addictio des Prätors und zur Vollendung dieser sogar der Abschluß des census durch das lustrum conditum erforderlich ist. Wie die Bezeichnung des litem contestari als einer Parteihandlung nicht die Eigenschaft der lis contestata als einer solchen ausschließt, die mit dem Willen der Parteien durch eine Handlung des Prätors eintritt, so wird die manumissio vindicta als eine solche bezeichnet, die der manumissor vollzieht, aber auch als eine solche, die er geschehen läßt (l. 8 D. manum vind. 40, 2. ego cum in villa cum praetore fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset). So wird die lex bezeichnet bald als eine Handlung des Magistrats, der legem fert, bald als eine Handlung des

[1]) Dazu Erman Ztschr. XIX S. 270 ff.

populus, der legem accipit, und sie wird bezeichnet als eine durch den iussus populi zustande kommende, wenngleich sie erst fertig wird durch magistratische renuntiatio. Und der von den comitia gewählte Magistrat wird bezeichnet als durch sie ernannt, wenngleich auch hier das Ergebnis der Abstimmung erst durch eine obrigkeitliche Handlung Existenz gewinnt. In allen diesen Fällen bedeutet die Bezeichnung eines rechtsbegründenden Vorgangs als einer Handlung eines bestimmten Subjektes eine Beteiligung des Subjektes an dem Vorgange, und insbesondere vielfach, daß dieser von jenem ausgeht, keineswegs aber, daß er in einem Verhalten des bestimmten Subjektes aufgeht. Ebenso bezeichnet die Zurückführung der Wirkung der Formelerteilung auf eine durch die Parteien mit einander vollzogene l. c. diese Wirkung als etwas, das eingetreten ist auf ihr Betreiben und mit ihrer Zustimmung, worauf entscheidendes Gewicht gelegt wird wegen der privatrechtlichen Folgen der res in iudicium deducta und iudicata. Es soll hier nicht näher eingegangen werden auf die Natur der sog. prozessualischen Konsumtion. Jedenfalls aber beruht ihre Vergleichung mit der novatio darauf, daß, wie die prior obligatio aufgibt, wer ihre Ablösung durch die nova obligatio zuläßt, so, wer es zur Anordnung eines iudicium hat kommen lassen, dadurch die Möglichkeit aufgegeben hat, seine Forderung auf andre Weise zu betreiben als durch Betreibung jenes iudicium. Die Eigenschaft der litis contestatio als eines besonderen Aktes von bestimmter Rechtsform ergibt sich dagegen aus jener Parallele um so weniger, da auch die novatio nicht immer durch einen Rechtsakt der Person eintritt, die dadurch eine Forderung aufgibt. Lasse ich zu, daß mein Schuldner das mir Geschuldete einem andern verspricht, so ist meine Gestattung kein Bestandteil dieses Vertrages; sie bewirkt aber als eine nicht vor der Vollziehung der von mir gestatteten stipulatio widerrufene, daß durch diese mein Recht erlischt, wie der Antrag des Klägers und die Bewilligung des Beklagten, falls sie nicht widerrufen werden, bewirken, daß durch die obrigkeitliche Erteilung der formula die litis contestatio eintritt.

Wissen wir nicht, wie die Erteilung der formula selbst erfolgte, so ist es doch grundlos, sie als eine speziell dem Kläger erteilte anzusehen. Hat doch vermöge derselben nicht nur der Kläger ein Recht auf eventuelle condemnatio, sondern ebenso der Beklagte ein Recht auf eventuelle absolutio. Als eine den Parteien erteilte wird sie beiden Parteien gleichmäßig erteilt, und schon deshalb ist nach ihrer Erteilung kein Raum mehr für eine Mitteilung derselben durch den Kläger an den Beklagten. Sie wird aber nicht nur den Parteien, sondern insbesondere auch dem durch sie ernannten und instruierten iudex erteilt. Diesem freilich nur im Sinne der dadurch für ihn bestehenden Möglichkeit und Notwendigkeit der Entscheidung als einer durch die eine oder die andere Partei verlangten. Jedenfalls erfolgte wohl eine Verlesung der formula, die den Parteien Gelegenheit gab, deren Übereinstimmung mit dem von ihnen beantragten beziehungsweise bewilligten Formelinhalte zu konstatieren und eventuell eine Korrektur zu erwirken. Wenn im Formularprozesse eine Zeugenaufrufung erfolgte, so schloß sie sich ohne Zweifel an die Verlesung der formula an, für deren Wortlaut Zeugen zu haben ein weniger dringendes Bedürfnis war als bei den mündlichen legis actiones, wogegen es schon deshalb nicht an jedem Bedürfnisse dafür fehlte, weil die formula doch auch abhanden kommen konnte.

VIII.

Ältere und neuere formula arbitraria.

Von

Herrn Professor **Dr. Otto Gradenwitz**

in Königsberg i. Pr.

Lenels Ediktstudien sind in vielen Fällen abschließend, — aber gerade die beiden formulae, an denen er zuerst seine Kraft erprobte, widerstehen seinen Anstrengungen, wie denen der übrigen Forscher: weder für die Publiciana [1]) noch für die Arbitraria hat sich bis jetzt eine siegreiche Meinung gebildet. Die Schwierigkeit bei der Aufsuchung des letzteren Formulartextes liegt darin, daß die Quellen uns bei diesem Formulare die Aufgabe übermitteln, festzustellen, quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solvi (c. un. 3, 18); diese Aufgabe widerstrebt einer adäquaten Gestaltung ebenso wie die Formel $\alpha:\beta:\gamma = a:b:c$, die sich erst dann klärt, wenn wir sie als kürzeren Ausdruck für das korrekte $a:b = \alpha:\beta$. $b:c = \beta:\gamma$ erkennen. Denn es erscheint kaum möglich, daß ein Richter im selben Atemzug angewiesen wurde, zu entscheiden, 1. ob Kläger oder Beklagter ein 'berechtigtes Interesse' loci habe,

---

[1]) Gegen die von Pernice (Labeo 2[1], 160, dazu 2[2], 344) erwogene, von mir (Z. d. S.St. 12, 136) entwickelte Meinung, daß in der, einzigen, formula einfach mit Gaius IV 36 zu lesen: Aulus Agerius emit (et) is ei traditus est, glaubt Lenel (Z. d. S.St. 20, 11 ff.) nunmehr eine formula: A. A. bona fide emit et is etc. aufstellen zu sollen. Es mag sein, daß das von mir angeführte Argument, daß in diesem Falle die Fiktion sich erübrige, weil die Erfordernisse der usucapio sämtlich angeführt seien, minder schwer wiegt. Sollte aber wirklich noch etwas einzuschalten sein, so wäre immer noch A. A. *s. d. m.* emit wahrscheinlicher als b. f., welches im Edikt eben doch ein Unikum sein würde. Die §§ 7—11 in D. 6, 2, 7 sprechen öfters von dolus malus, und b. f. könnte von den Kompilatoren gerade um deswillen gesagt sein, weil von den beiden unter s. d. m. emit fallenden Rechtsstellungen, Bonitarier und b. f. emptor, gerade nur die letztere praktisch geblieben war.

2. wie hoch sich dieses Interesse belaufe. Diese Aufgabe an sich ist inconcinn, und darum befriedigen die Rekonstruktions- oder auch nur Deskriptions-Versuche hier samt und sonders nicht.[1]) Es wird nicht unbescheiden sein, so vielen Versuchen einen neuen hinzuzufügen, da dieser neue Versuch das in den Quellen beschriebene Formular als ein gewordenes auffaßt, demgemäß von der einfachen und ursprünglichen Form ausgeht und in der Erwägung, wie diese zu verbessern, die Herstellung der komplizierten späteren Form zu erraten glaubt. Hervorgerufen ist der Versuch durch den von Naber geführten Nachweis, daß die überlieferten Leges des Titels D. 13, 4 nicht zueinander passen: sicher haben die Kompilatoren bei Behandlung eines so komplizierten Formulars öfter als sonst die Notwendigkeit empfunden, zurechtzustutzen, schon weil für sie die Formularteile nicht in gleicher Weise mehr existierten: der Zug der Entwicklung ergibt sich aus Digesten und Institutionen gleichwohl, wenn man nur die offenbaren Inkongruenzen des Digestentextes auf Rechnung des Libellprozesses setzt. Neues Material bringe ich nicht bei, fuße vielmehr auf Lenel[2]) und Naber.[3])

Daß das Formular de eo quod certo loco eine actio arbitraria bedeutet, wird uns in Institutionen und Digesten, in diesen geradezu aufdringlich, versichert (§ 31. 33 J. 4, 6. — L. 2 pr. § 8 D. h. t. L. 16 § 1 D. 13, 5); von L. 2 § 8 in hanc arbitrariam quod interfuit veniet et quidem ultra legitimum modum usurarum ('die Geltendmachung eines weiteren Schadens ist nicht ausgeschlossen'. BGB. § 288 II. vgl. 340 II[b]. 557[b]. 597[b]) hat Naber bemerkt, daß *hanc* arbitrariam nicht ulpianisch sei; auch anderswo ist die Möglichkeit nicht von der Hand zu weisen, daß der Ausdruck gerade Tribonians Ersatz für die allzu klassische Wendung formula arbitraria ist. L. 4 § 1: (Interdum) iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, (absolvere reum debet . . .) erinnert an L. 7 § 11 D. 4, 2: Haec autem actio cum sit arbitraria. Ebenso findet L. 4 § 1 ihre Parallele in L. 3 § 13 ad exhibendum (10, 4):

[1]) Zusammengestellt bei Leoni, de eo quod certo loco dari oportet. Comm. alle Pandette di F. Glück L. XIII t. 4°. — [2]) Edictum S(eite) 191; P(age der französischen Ausgabe) 277. — [3]) Mnemosyne bibl. phil. Batauae 30, 319 ff.

Ibidem subiungit iudicem per arbitrium sibi ex hac actione commissum etiam exceptiones aestimare quas possessor obicit, et si qua tam evidens sit, ut facile repellat agentem, debere possessorem absolvi, si . . .; de quibusdam tamen exceptionibus omnimodo ipsum debere disceptare, qui ad exhibendum actione iudicat . .

Interdum iudex qui ex hac actione cognoscit, cum sit arbitraria, absolvere reum debet cautione ab eo exacta de pecunia ibi solvenda ubi promissa est. quid enim . . . . . nonne debebit interdum absolvere? in summa aequitatem quoque ante oculos habere debet iudex qui huic actioni addictus est.

Es kann zweifelhaft sein, ob hier mit der Verwandlung von ex hac actione und actioni in ex hac formula und formulae Tribonian ausgemerzt ist. In L. 1 § 13 könnte man an *praetorem* per arbitrium *iudici* ex hac *f.* commissum denken. Für die folgende Untersuchung ist dies belanglos, die formula de eo quod certo loco hatte den Namen formula arbitraria, so wie wir ihn bei den Interdikten kennen: Gai. IV, 163: Namque si arbitrum postulaverit is cum quo agitur, accipit formulam quae appellatur arbitraria et iudicis arbitrio si quid restitui vel exhiberi debeat, id sine periculo exhibet aut restituit et ita absolvitur; quodsi nec restituat neque exhibeat, quanti ea res est condemnatur.

Wenn x pure stipuliert waren, so lautete die formula: Si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} x dare oportere, N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} x dare condemna s. n. p. a. War x Ephesi dari stipuliert, und A^{s} A^{s} klagte in Ephesus, und zwar pure (non adiecto loco), so siegte er; klagte er pure in Rom, so verlor er, causa cadebat. Lag aber der Fall so, daß Beklagter sich in Ephesus nicht sehen ließ, sondern in Rom blieb, so konnte Kläger auf den Gedanken kommen, adiecto loco in Rom zu klagen; erhielt er das Dekret in Rom: si paret x Ephesi dari oportere, x condemna, so konnte er in Rom auf x siegen, denn die intentio war zutreffend. Aber hier konnte der Beklagte widersprechen und dem Prätor vorhalten, daß er durch seine formula eine plurispetitio billige und so der Unbilligkeit die Wege ebne: x hier zu geben, sei für ihn härter als x in Ephesus. Wenn nun Kläger darauf hinwies, daß er doch

irgendwie zu seinem Gelde kommen müsse, so konnte dem Prätor folgender Gedankengang nahe liegen oder gebracht werden: Unbillig, wenn Kläger auf x hier klagt, denn Beklagter verliert sein Interesse loci. Unbillig im Gegenhalt, wenn Kläger hier keine Klage bekommt, denn Beklagter stellt sich dort im Osten nicht. Darum mag sich Beklagter über sein Interesse loci ausweisen, aber nicht er über deren Höhe entscheiden, sondern der arbitratus des iudex. Fügt sich diesem der Beklagte und bietet er dem Kläger, man könnte sagen, den richterlich arbitrierten Preis, den ihm die x in Ephesus kosten, so erfolgt absolutio. Fügt er sich nicht, so ist der Vermittlungsversuch des iudex an der Hartnäckigkeit des Beklagten gescheitert, und es tritt das Klagebegehren in seine Rechte, d. h., der Kläger bekommt seine x, wie wenn kein Ephesi in der Stipulation stände. Nach diesem Gedankengange wäre die Klage de eo quod certo loco für intentio und condemnatio gleich der gewöhnlichen actio de pecunia certa credita, nur daß die intentio den locus: Ephesi enthielte. Zwischen die beiden Bestandteile, si p. x Ephesi d. o. und x cond., schiebt sich der richterliche arbitratus. Man kann diese Gestaltung als die formula in ihrer negativen oder mindernden Funktion bezeichnen; es wird dem Beklagten die Möglichkeit gegeben, billiger wegzukommen als mit den x, die in Ephesus er, und überall der sine loci adiectione promittierende zu zahlen hat. Dagegen ist das Interesse loci des Klägers nicht gewahrt. Wie bei der stipulatio: te sisti nisi steteris, x dari? heißt es hier: te satisfacere; si satis non feceris, x dare, iubeo.

§ 33[c]. J. 4, 6: . . . si is qui ita stipulatus fuerit: 'Ephesi dare spondes?', Romae pure intendat dari sibi oportere. ideo autem plus petere intellegitur, quia utilitatem, quam habuit promissor, si Ephesi solveret, adimit ei pura intentione; propter quam causam alio loco petenti arbitraria actio proponitur, in qua scilicet ratio habetur utilitatis, quae promissori competitura fuisset, si illo loco solveret. Man kann dies so ausdrücken: Ut dies ita locus in dubio pro reo. Während aber der dies kommt, wann er kommen soll, und also vom Kläger abgewartet werden kann, steht es in der Gewalt des Schuldners, sich dem certus locus zu entziehen,

und darum muß dem Gläubiger die Möglichkeit gegeben werden, den Schuldner anderswo abzufangen, — ihm aber dann gewissermaßen nur die Bereicherung abzunehmen, die Schuldner dadurch hat, daß er nicht, wie er müßte, in Ephesus zahlt. Die in dem Ortspreis der Waren liegende Begründung wird von Gaius L. 1. L. 3 h. t. und dem Institutionisten § 33 citata ziemlich gleichlautend geliefert.

Nun ist für dieses Stadium unschwer eine Formel zu finden, die den Quellenresten Genüge tut. Behandelt man das arbitratus inhaltlich als ein Mittel, dem Beklagten das plus loco zu ersparen, und formell als eine Möglichkeit, durch das Eingehen auf die richterlichen Vorschläge der condemnatio zu entgehen, so ergibt sich: es soll dem Beklagten ein Vorschlag zur Güte durch den Richter gemacht werden. Kommt er dem nicht nach, so ist er contumax und wird schlecht behandelt; es ist aber die naturgemäße Strafe für die Nichtbefolgung des arbitratus die, daß nunmehr die Wünsche des Klägers (wie bei der formula petitoria auf dem Wege des iusiurandum in litem) berücksichtigt werden. Der Wunsch des Klägers wird aber zunächst sein: in Capua zahlt er die decem nicht, mag er decem in Rom zahlen. Sonach wäre das, was der arbitraria zu ihrem Namen verhilft, in einem Zwischenstück, dem arbitratus, zu suchen. Si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} Capuae X dare oportere, nisi arbitratu tuo N^{us} N^{us} . . . ., N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} X condemna, s. n. p. a. Nimmt man das Referat § 31 J. 4, 6 als richtig an[1]), so sind actiones arbitrariae, id est ex arbitrio iudicis pendentes, diejenigen: in quibus nisi arbitrio iudicis is cum quo agitur actori satisfaciat veluti rem restituat vel exhibeat vel solvat vel ex noxali causa servum dedat, condemnari debeat; und zu der Zahl der arbitrariae, die in personam sind, gehören: veluti quibus de eo agitur quod aut metus causa aut dolo malo factum est, item qua id quod certo loco promissum est petitur etc.; bei diesen Klagen permittitur iudici ex bono et aequo secundum cuiusque rei de qua actum est naturam aestimare, quemadmodum actori satisfieri oporteat.

[1]) Lenel, Beiträge S. 97 ist zuzugeben, daß dies nicht sicher ist; aber auch Lenels Redaktion bietet das Nötige.



Das arbitrium könnte hier dahin gehen (Si paret N^{um} N^{um} A^o A^o decem Ephesi dare oportere,) nisi N^{us} N^{us} A^o A^o arbitratu tuo satisfaciat[1]), (N^{um} N^{um} A^o A^o decem condemna si non paret absolvito).

Lägen nur die Institutionen und die Gaiusfragmente L. 1 L. 3 h. t. vor, so böte die Rekonstruktion der formula also keine Schwierigkeiten. Allein es gibt noch andere Digestenstellen, welche den Zustand vor Augen haben, wie er durch Julian geschaffen ist, und diese betonen übereinstimmend, daß das Interesse beider Teile in der formula gewahrt wurde, das bedeutet, daß dem Kläger durch die formula auch eine Möglichkeit gegeben wurde, auf mehr als den Nennwert der Schuldsumme zu 'kondemnieren'[2]), wenn nämlich er ein berechtigtes Interesse darauf nachwies; ausgeschlossen ist eine solche Möglichkeit nach den Institutionen und den Gaiusfragmenten keineswegs, — diese geben nur den Hauptgrund der Einführung und den Hauptgrundsatz der formula; aber die obere Grenze der Leistung des Beklagten bleibt immer der volle Betrag der Forderung. Eine Javolenusstelle könnte in der Tat in der Antwort auf die Rechtsfrage jenen Zustand, wie er vor Julian war, vor Augen haben.

---

[1]) Lenel, Beiträge S. 62 lehnt die Arbiträrklausel von Zimmern, Gesch. des R. Pr. III S. 210 neque eo nomine A^o A^o a N^o N^o satisfactum erit ab: „Sollte er dem iudex etwa die Befugnis haben zuschreiben wollen, dem Beklagten statt der verabredeten Leistung am verabredeten Orte nach Befinden auch eine andere Leistung oder Leistung an einem anderen Orte zu gestatten und resp. aufzuerlegen?" Ich glaube, daß gegen perverse Urteile die Qualität des für diese Klage gewiß besonders sorgfältig gewählten Richtermaterials sicherte; immerhin läge eine Gefahr vor, wenn mit Zimmern (a. a. O.) an eine condemnatio: quanti ea res est zu denken wäre; denn dann könnte der iudex für seine Meinung über die satisfactio, auch wenn diese Meinung umstritten oder verkehrt wäre, den staatlichen Arm mit Hülfe der condemnatio in Bewegung setzen. Nimmt man aber die condemnatio N^{um} N^{um} A^o A^o x dare condemna an, so ist der Kläger gedeckt und der Beklagte doch nur insoweit bedroht, daß ihm ein unzutreffender arbitratus die Möglichkeit nehmen kann, billiger als mit dem vollen Betrage der decem davonzukommen. Lenels eigene ältere Formel arbitratu tuo condemna (Beiträge S. 79) ist dem gleichen Mangel doch noch mehr unterworfen und seine spätere (Ed. S. 195) nicht weniger als die hier vorgeschlagene. — [2]) In dem Sinne, den Mitteis Z. d. S.St. 22, 113[4] aufweist.

L. 15 D. 16, 2: Pecuniam certo loco a Titio dari stipulatus sum; is petit a me quam ei debeo pecuniam; quaero an hoc quoque pensandum sit quod mea interfuit certo loco dari. Respondit: si Titius petit eam quoque pecuniam quam certo loco promisit, in compensationem deduci oportet, sed cum sua causa, id est ut ratio habeatur, quanti Titii interfuerit eo loco quo convenerit pecuniam dari. Die Inkongruenz von Frage und Antwort kann darauf zurückgeführt werden, daß von nachjavolenischem Standpunkt aus eingegriffen wurde; vorliegend ist, daß im responsum des Juristen nur das Interesse des Beklagten Berücksichtigung findet. Und im Zusammenhange hiermit sei erwähnt, daß auch die Stelle des Ulpian, die uns über Julians Neuerung aufklärt, an ähnlicher Inkongruenz leidet: L. 2 § 8 D. h. t.: Nunc de officio iudicis huius actionis loquendum est, utrum quantitati contractus debeat servire an *vel excedere vel minuere* quantitatem debeat, ut si interfuisset *rei* Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio *eius* haberetur. Er fragt, ob mehren und mindern erlaubt, und erläutert dies nur mit der Minderung. Denn Iulianus . . . Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem gehört nicht mehr in diesen Satz. —

Man kann sich in diesem älteren Stadium den arbitratus mehr spezialisiert vorstellen, so daß er auf die utilitas des Schuldners noch mehr ausdrücklich Rücksicht nimmt, wenn auch der Ausdruck rationem haberi (quanti) — rei — interest, der L. 2 § 8 D. h. t. und L. 15 D. 16, 2[1]) steht, mehr auf officium iudicis weist. Das Wesentliche dürfte sein, daß durch den arbitratus dem Beklagten die Möglichkeit gegeben wird, eine Summe anzubieten, die der Richter dadurch findet, daß er von der Intentionssumme den Betrag abzieht, um den die Leistung am Klagort dem Beklagten teurer zu stehen kommt als am Schuldort; bietet Beklagter diese Summe an, so wird er absolviert. Es ist also die Summe der intentio gleich der Summe der condemnatio, aber diese Summe ist

[1]) So auch bei der compensatio: Gai. IV, 4: habita ratione eius quod invicem actorem ex eadem causa praestare oporteret, in reliquum eum cum quo actum est condemnare.

infolge der Arbiträrklausel nicht das jedesmalige Quantum des vom Schuldner zu Zahlenden, sondern das Maximum: auf mehr kann er nicht verurteilt werden, verurteilt auf weniger auch nicht, aber er wird freigesprochen, wenn er die vom iudex im arbitratus vorgeschlagene Summe gütlich zahlt. Folglich kann der arbitratus aber auch nie auf mehr gehen als auf die in Ephesus geschuldete Summe, denn da die condemnatio, welche allein dem Vorschlag des Richters Berücksichtigung sichert, immer nur mit dieser Summe droht, so wäre ein arbitratus, es solle mehr als die Kondemnationssumme gezahlt werden, einfach aussichtslos. Vergleicht man die formula petitoria, so springt der Unterschied hervor, daß dort das arbitrium auf eine Naturalleistung geht und die condemnatio als pars formulae auf ein incertum lautet, während quod certo loco das arbitrium Naturalleistung nur höchstens bei der triticaria anordnen kann und die condemnatio schon in der formula eine certa ist. Die Territion bei der petitoria ist daher eine weit eindrucksvollere, zumal in Verbindung mit dem iusiurandum in litem; denn bis zur Höhe der richterlichen taxatio iuris iurandi muß der Beklagte Verurteilung fürchten, wenn er dem arbitratus restituendi taub bleibt, — der Beklagte quod certo loco gibt schlimmstenfalls die Schuldsumme ohne Abzug.

Trotzdem ist dieser in der condemnatio liegende Grenzwert ein genügender, wenn eben das Interesse nur des Beklagten in Frage steht: ein Tor, der dem arbitrium auf 99 nicht Folge leistet und sich lieber auf 100 verurteilen läßt; das arbitrium baut eine Brücke, betritt Beklagter sie nicht, so schädigt er nur sich.

Hier aber setzt die Kritik des Labeo ein: L. 2 § 8 in med. D. h. t.: Iulianus Labeonis opinionem secutus etiam actoris habuit rationem, cuius interdum potuit interesse Ephesi recipere; itaque utilitas quoque actoris veniet. Quid enim si traiecticiam pecuniam dederit Ephesi recepturus, ubi sub poena debebat pecuniam vel sub pignoribus, et distracta pignora sunt vel poena commissa mora tua? vel fisco aliquid debebatur et res stipulatoris vilissimo distracta est?

Die Klage am anderen Ort ist für den Kläger ein Notbehelf; auch der Kläger kann durch die am anderen Orte

erfolgende Zahlung unbillig verkürzt werden, etwa weil er das Geld in Ephesus unter Konventionalstrafe weiter versprochen hat und es nun nicht rechtzeitig dahin schaffen kann: er kommt nur dann zu seinem Recht, wenn er die Schuldsumme (abzüglich der Kursdifferenz) vermehrt um die Konventionalstrafe zugesprochen erhält. Dies ist das materiellrechtliche Postulat des Labeo. Wie wird ihm die alte formula gerecht? Setzen wir etwa, 1000 seien geschuldet für Ephesus, die Kursdifferenz[1]) gebe dem Beklagten das Recht, 50 abzuziehen, und die Konventionalstrafe, die Kläger versprochen hat, betrage 40, so wird mit den Mitteln der formula der Richter arbitrieren können: 50 gehen ab, aber 40 kommen zu, darauf hat der Kläger ein Recht (da Beklagter vertragswidrig in Ephesus nicht zahlt), ich arbitriere auf 990. Dann ist alles in Ordnung; denn da nisi satisfaciat (wenn er nicht 990 zahlt), der Richter auf 1000 verurteilen wird, so liegt es im beklagtischen Interesse, 990 zu zahlen: Ändern wir aber die Konventionalstrafe auf 100, sodaß die Arbitrage den Nennwert der Forderung erhöht (arb. $= 1000 - 50 + 100 = 1000 + 50$), und lassen wir den Richter auf 1050 arbitrieren, dann lacht ihn der Beklagte aus, da der Richter wohl auf 1000 verurteilen kann, aber nie auf mehr! Er mag also die 50 der Kursdifferenz gegen die Konventionalstrafe aufrechnen und auf 1000 arbitrieren, — dann muß Beklagter sich von der condemnatio mit 1000 loskaufen, oder er wird auf 1000 verurteilt; höher aber kann der Richter nie gehen. Er mag für sich, im Stillen, arbitrieren, wie hoch er will, der enge Panzer der condemnatio hält ihn für diesen Prozeß innerhalb der prinzipal geschuldeten Summe: die condemnatio also ist es, welche in

[1]) Auf die materielle Schwierigkeit in der richterlichen Abwägung beiderseitiger berechtigter Interessen gehe ich hier nicht ein; sie ist ebensogroß wie in dem andern Falle, den BGB. § 254 dem iudicis officio zuschiebt: 'Hat bei der Entstehung des Schadens ein Verschulden des Beschädigten mitgewirkt, so hängt die Verpflichtung zum Ersatze sowie der Umfang des zu leistenden Ersatzes von den Umständen, insbesondere davon ab, inwieweit der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teile verursacht worden ist.' Diese Frage des officium iudicis hat mit der Fassung der formula nichts zu tun.

Wirklichkeit ihn verhindert, das berechtigte Interesse des Klägers im arbitratus anders als bis zur Höhe der prinzipalen Schuld zu berücksichtigen; man kann sagen, der Richter könne dumtaxat quod Ephesi dari promissum est verurteilen, nicht auf mehr.

Meine Auffassung von Julians, dem Labeo verdankter, Neuerung[1]) geht nun dahin: eben die für ein gesundes arbitrium allzu enge Form der condemnatio wurde dadurch gesprengt, daß die condemnatio sich nicht mehr als unverrückbarer Grenzwert des arbitratus mit der prinzipalen Schuldsumme deckte, sondern der condemnatio eine Klausel beigegeben wurde, die den Richter befähigte, auch auf ein berechtigtes Interesse des Klägers über die prinzipale Summe hinaus Rücksicht zu nehmen: Der arbitratus ist eingeführt um der utilitas rei willen; er kann sich in der alten Formel zum Mittel auswachsen, auch die utilitas actoris bis zum Nullpunkt, das heißt in der Art zu berücksichtigen, daß gegen sie in concreto die utilitas rei aufgerechnet wird; aber die utilitas actoris verlangt auch selbständige Befriedigung über den Nullpunkt hinaus: dafür dient ein Zusatz in der condemnatio, der den Richter befähigt zu kondemnieren auch: si quid $A^{i} A^{i}$ interfuit Ephesi potius quam — alibi — solvi. Setzen wir ihn in die Lage, zu kondemnieren; arbitrieren kann er schon! sagt Julian.

Die neue condemnatio — in der exzedierenden oder mehrenden Funktion — soll den iudex befähigen, den Beklagten nicht bloß auf die in Ephesus geschuldete Summe, sondern auf das Interesse des Klägers an der Zahlung in Ephesus zu verurteilen; dies kann nicht wohl[2]) durch ein einfaches quanti ea res est ausgedrückt sein, welches dem

---

[1]) Lenel (S. 193 = P. 280) sagt: „Wie nämlich, wenn Julian in dieser Stelle nicht als bloße Autorität, sondern als Ediktsredaktor genannt wäre, der in dieser Eigenschaft eine an dem ältern Ediktstext geübte Kritik Labeos berücksichtigte." Meines Erachtens trifft diese Vermutung das Richtige. Neben der von Lenel zitierten L. 4 § 3 D. 42, 1 kommt als Simile noch L. 1 § 1 D. 13, 6, allerdings nebensächlich, in Betracht: Unum solummodo notandum, quod qui edictum concepit, commodati fecit mentionem, cum Paconius utendi fecit mentionem. — [2]) wie Zimmern a. a. O. meint.

Richter gar keine Direktion gäbe, zudem auch dem etiam actoris habuit rationem nicht gerecht würde. Die mehrmalige Betonung (auch L. 2 pr. utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei) der Tatsache, daß auch der Kläger berücksichtigt wird, läßt eine Fassung erwarten, die das Interesse des Klägers nennt, und schließlich dürfte nach L. 2 § 8 cit. die neue condemnatio der alten gegenüber einen Zusatz gebracht haben, nicht aber ein völliges Novum gewesen sein. Die neue formula denke ich mir so: Si paret $N^{um}N^{um}$ $A^{o}A^{o}$ decem Ephesi dare oportere, neque $N^{us}N^{us}$ $A^{o}A^{o}$ arbitratu tuo satisfaciat, $N^{um}N^{um}$ $A^{o}A^{o}$ decem *et si quid* $A^{i}A^{i}$ *interfuit*[1]) eam pecuniam Ephesi potius quam — hic solvi condemna s. n. p. a.

Man bedenke, daß nach L. 2 pr.: Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: die utilitas rei steckt im arbitratus, die utilitas actoris gewinnt erst durch die erweiterte condemnatio ihr Gebiet. Erscheint dem iudex nur die utilitas rei berücksichtigenswert, so spricht er seinen arbitratus auf weniger (minoris pecuniae quam intentum est) als die prinzipale Summe; zahlt Beklagter diese kleinere Summe, so wird er absolviert; bleibt er renitent, so würdigt der Richter in der condemnatio das Interesse des Klägers genau so wie er es bei der formula petitoria tut, — nur ohne iusiurandum in litem, wie es scheint.

Findet er von vornherein das Interesse des Klägers berücksichtigenswert, so stellt er seinen arbitratus getrost auf mehr als die prinzipale Summe, — weiß er doch, daß die an sich unbegrenzte condemnatio den Beklagten zwingt, im eignen Interesse auf den arbitratus einzugehen: die neue Klausel der condemnatio macht einen überschießenden arbitratus zu dem, was bei Gesetzen eine lex perfecta ist.

Man kann vermuten, daß, wenn Beklagter renitent blieb, zur Strafe dann in der condemnatio sein Interesse gar keine Berücksichtigung fand.

Die von Lenel[2]) dargelegte, feststehende Form, in der uns der Inhalt der actio de eo quod certo loco entgegen-

---

[1]) Vgl. L. 10 h. t.: ... pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest. — [2]) S. 192; P. 279.

tritt, widerspricht dem obigen in keiner Weise; c. un. h. t. (3, 18) sagt von der arbitraria actio: in qua venit aestimatio. quod alterutrius interfuit suo loco potius quam in eo quo petitur solvi.

Prüfen wir die Stellen des Titels XIII, 4 auf diese Kombination, so ist zunächst L. 2 pr. nochmals in Erwägung zu ziehen: Arbitraria actio utriusque utilitatem continet tam actoris quam rei: quod si rei interest, minoris pecuniae fit condemnatio quam intentum est; aut si actoris, maioris pecunia fiat. Daß dies nicht ganz korrekt ist, hat Haloander durch Streichung der beiden letzten Worte hervorgehoben; aber das ist nur formal und läßt eine matte und weitläufige Antithese übrig. Vgl. Cohn, Actio de re quod certe loco S. 191: „Wie die Stelle [L. 2 § 8] vorliegt, so macht sie zuerst den Eindruck zwar nicht der Interpolation, wohl aber der Zurichtung, vielleicht durch Streichung; denn die auffallende Häufung von interesse, utilitas und noch einmal interesse hintereinander hat etwas Verdächtiges: nichtsdestoweniger ist sie doch vielleicht authentisch, wenn folgende Auslegung zutrifft." Von meinem Standpunkt aus würde ich nicht die condemnatio auf weniger erfolgen lassen als intentum est, diese vielmehr immer mindestens auf id quod intentum est, sondern den arbitratus: minoris fit *arbitratus* quam intentum est. Dann gewinne ich für den zweiten Satz aut (*at*?) si actoris, maioris pecuniae fiat *condemnatio.*

Die zweite Stelle ist L. 2 § 8. Naber[1]) hat gezeigt, daß sie und L. 2 pr. sich nicht vertragen; von meinem Standpunkt aus erklärt sich dies dadurch, daß hier der allerdings komplizierte Mechanismus der formula erläutert wurde, und also die Kompilatoren zu Streichungen und Umänderungen sich genötigt sahen. Statt des von Naber[1]) beanstandeten contractus kann man intentionis vermuten, und statt des harten in hanc[1]) arbitrariam quod interfuit veniet in hanc formulam (oder gar: in condemnationem oder in arbitratum) quod interfuit, veniet. Die Erläuterung ut si interfuisset rei Ephesi potius solvere quam eo loci quo conveniebatur, ratio eius haberetur, läßt darauf schließen, daß ursprünglich nur

[1]) Naber S. 321.

utrum quantitati contractus[1]) debeat servire an vel minuere quantitatem gesagt war, oder daß der ganze Satz an vel excedere — quantitatem debeat eingeschoben ist, und dafür am Schluß des Satzes etwa an vel excedere quantitatem debeat, si actoris interfuit ausgefallen ist. Das officium iudicis ist wohl mehr im Sinne von quando als im gewöhnlichen von utrum — an behandelt. Diese Einzelheiten sind so unsicher wie unwesentlich. Der Gedankengang ist zu erraten, und, um es zu wiederholen, die klarliegenden Schäden der Stelle weisen auf Schwierigkeiten der formula, welche für die Kompilatoren Grund zur Umbildung gaben.

In L. 10 kann der Ausdruck: (videamus ne) ea pecunia quae ex sententia iudicis accedere potest (non debeatur nec sit in obligatione, scil. fideiussoris) sehr wohl auf das Plus in der condemnatio gedeutet werden.

Der komplizierte Mechanismus war: 1. Intentio: Wird für Ephesus nicht die in der intentio genannte Summe geschuldet, so erfolgt ohne weiteres Abweisung. 2. Arbitratus: Wird sie geschuldet, so macht der Richter seine Rechnung auf, berücksichtigt den einzelnen Fall, entscheidet, ob, ex aequo et bono, des Beklagten Mehrbelastung abzuziehen, wohl gar bloß Kaution zu leisten sei (L. 4 § 1) oder des Klägers damnum emergens, oder gar lucrum cessans (L. 2 § 8 inf.), hinzuzuschlagen sei, und gibt dann sein parere ab. 3. Befolgt der Beklagte den auktoritativen Rat, so erfolgt wieder Absolution; befolgt er ihn nicht, so verurteilt der Richter mindestens auf den Betrag der intentio, aber wenn sein arbitratus auf mehr ging, eben auf mehr und ohne Abzug des Gegeninteresses auf beklagtischer Seite.

Das wesentliche praktische Resultat war, daß nach des Richters in diesem Falle allerdings eminent freiem Ermessen[2]) abzuwägen war, ob und mit welchem Betrage das Interesse eines der beiden Teile zur Hebung kommen solle, und darum ist es ganz natürlich, daß das Schlagwort lautete in qua venit aestimatio quod alterutrius interfuit Ephesi potius quam *Romae* solvi.

---

[1]) intentionis? — [2]) Vgl. BGB. 254[I] (Note 11).

Die Stellen sind bei Lenel[1]) gesammelt und ergeben sicher, daß die Formel interfuit-potius-quam-solvi enthielt, beweisen aber weiterhin nur, daß dem Richter die Möglichkeit gegeben war, einer oder der andern der Parteien durch Verrechnung ihrer Utilität entgegenzukommen, nicht, daß diese alternative Möglichkeit durchaus gerade in der condemnatio wörtlich zum Ausdruck kam. — Demgemäß stimme ich Lenel darin bei, daß beider Parteien Interesse abgewogen wurde, ferner darin, daß ein vergangenes[2]) Interesse, nicht ein künftiges in Betracht kam, behaupte aber im Gegensatze zu Lenel: 1. daß eine Arbiträrklausel zwischen intentio und demonstratio allerdings stand, 2. daß die condemnatio nur das überschießende Interesse des Klägers nannte, und auch dies erst seit Julian, — für das Interesse des Beklagten sorgte seit altersher das arbitrium. Mit Zimmern teile ich den arbitratus, nehme aber für ältere und neuere Form eine condemnatio an, die von der seinigen gänzlich verschieden ist.

Hiernach würde ich proponieren:

Si paret N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} Ephesi decem dare oportere neque N^{us} N^{us} A^{o} A^{o} arbitratu tuo satisfacere

Ältere Formel:	Neuere Formel:
N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} decem	N^{um} N^{um} A^{o} A^{o} decem et si quid actoris interfuit eam pecuniam Ephesi potius quam hic solvi

condemna s. n. p. a.

[1]) Lenel S. 192; P. 279. — [2]) S. 194; P. 282.

IX.

Über den ursprünglichen Sinn des Wolf-Symbols der Stadt Rom.

Von

Herrn Professor **Dr. Paul Puntschart**
in Graz.

Die rechtsgeschichtliche Forschung unserer Tage steht bereits im Zeichen der Rechtsvergleichung, welche ein tieferes Verständnis der Gesetze anbahnen wird, unter denen das Rechtsleben der Völker sich vollzieht. Bei diesem Vorgehen werden sich die Fälle mehren, wo nicht nur der Germanist auf den Romanisten hört, sondern auch der Romanist die Ergebnisse der germanistischen Rechtswissenschaft in erhöhtem Maße zu Rate zieht. In der Frage, welche den Gegenstand dieses Aufsatzes bildet, ist die Rolle des Anregenden gerade dem Germanisten nahegelegt. Und so sei mir diese kleine Grenzverletzung für eine bescheidene Anregung gestattet. Die Sache ist nicht von weittragender Bedeutung, dürfte aber doch genugsam interessant befunden werden, um eine Erörterung zu verdienen.

Wer in der germanischen Rechtsgeschichte bewandert ist, kennt die Volksanschauung, welche in dem aus der Rechtsgenossenschaft Ausgestoßenen einen Wolf-Menschen erblickt. Wie der Wolf als schädliches Raubtier, das in den wilden Wald flüchten muß, ein „Würger“ (vargr, warg) und Waldgänger genannt wurde, so charakterisierte man einerseits den Friedlosen als vargr, wargus, als Träger eines Wolfshauptes, sein Kind als „Wolfstropfen“, die Friedlosigkeit als „Wolfsleben“, wargida, während anderseits der Geächtete „Waldgänger“, „Waldmensch“, der Zustand der Acht „Waldgang“ hieß. Der Wolf-Terminus begegnet in der Sprache der Verurteilung und in der Bezeichnung des

Galgens (waragtreo, vargtrê). In der Lombardei bediente sich das Gericht für Verbannungsangelegenheiten des Wolf-Symbols. Noch tief im Mittelalter ist der Rechtsbrauch bezeugt, wonach zur Seite des armen Sünders Wölfe oder Hunde aufgehängt wurden. Der Hund vertritt hier wie vielleicht auch anderwärts (etwa beim Säcken oder bei der Ehrenstrafe des Hundetragens) den Wolf. In der Hinrichtung des Verbrechers liegt ein Menschenopfer an die Gottheit; die mitgehängten Tiere gelten als mitgeopfert. Die Gehängten gehören dem Gott, der im Heldensaal des Totenreiches thront, ihm zu Füßen seine beiden Wölfe, auf den Schultern seine zwei Raben: Wôdan. Er führt deshalb den Namen: „Herr der Gehängten" (hangagođ, hangatýr, dróttin hanga) oder: „Herr der Galgen" (valdr galga); unter den Galgen weilt er mit Vorliebe. Zum Zeichen dessen hängt am westlichen Tore seiner Burg Valhǫll ein toter Wolf. Die Edda gebraucht für dieses Hängen dasselbe Verbum drûpa, das auch sonst das Schweben am Galgen ausdrückt. Es ist das mythologische Seitenstück zum Rechtsbrauch, gemäß welchem der Hund oder Knecht, der einen Menschen getötet, unter Umständen über der Haustüre aufzuhängen war. Noch heute ist es bäuerliche und Jägersitte, schadenstiftende erlegte Raubtiere an das Scheunentor oder über die Haustüre zu nageln.[1]) In einer Zeit, wo Faustrecht und Beutelust von Gewaltmenschen auf der Tagesordnung standen, flossen kriegerisches Heldentum und verbrecherische Gewalttat nur allzuoft ineinander über. So ist hier auch die Erscheinung nicht ohne Interesse, daß derselbe reißende, mörderische Wolf, der den todgeweihten Missetäter symbolisiert, zugleich heiliges Tier des Wôdan ist.

Die gleiche Volksanschauung lebte im alten Rom. Darauf leitet mit Sicherheit das Recht, wonach im Rahmen der am Parricidium haftenden Strafe des Säckens dem verurteilten Mörder nach vorheriger Geiselung das Haupt mit einer Kappe von Wolfsfell verhüllt wurde[2]); „gerit caput

[1]) Vgl. die bezüglichen Partien in Grimms Deutschen Rechtsaltertümern[4], in Pauls Grundriß der germanischen Philologie[2] und in den zusammenfassenden Werken über deutsche Rechtsgeschichte. — [2]) Mommsen, Röm. Strafrecht S. 922, wo auch die Belegstellen.

lupinum"! Außerdem darf diese Strafe wohl noch insofern in Beziehung zur Vorstellung vom Wolf-Menschen gebracht und als Stütze dafür herangezogen werden, als das Säcken in einer Tierhaut zusammen mit Tieren (Hund u. a.)[1]) augenscheinlich bezweckt, den Verbrecher zum Tier zu stempeln.[2]) Der Wolf ist heiliges Tier des Mars. Auch im römischen Recht war die Todesstrafe ursprünglich ein sakraler Akt, ein Menschenopfer an die Gottheit, ihre älteste Form entsprach dem Opfer-Ritual. Darum findet diese Analogie zwischen Mars und Wôdan noch in der Richtung ihre Fortsetzung, daß auch dem Mars hingerichtete Verbrecher gehörten. Bei der Enthauptung, deren Verfahren sich genau dem Ritus bei der Schlachtung des Opfertieres anschloß, fungierten bezeichnenderweise auch die Flamines des Mars und spielte als Hinrichtungsstätte das Marsfeld eine Rolle.[3])

Nun ist, soviel ich sehe, in der romanistischen Literatur bisher niemals die Frage aufgeworfen worden, ob das Wahrzeichen der römischen Bürgerschaft nicht irgendwie mit dem Wolf als Acht-Symbol zusammenhängen könnte. Und doch möchte ich meinen, daß mehrere Momente zu Gunsten einer solchen Annahme sprechen.

Angesichts des völligen Mangels an verläßlichen Zeugnissen wird kein ernster Historiker sich in Betrachtungen über die näheren Umstände der Gründungsgeschichte Roms ergehen, die Sage im einzelnen auf ihren Wahrheitsgehalt prüfen wollen. Aber Sagen haben gar nicht selten einen realen Hintergrund, mag er auch durch Phantasiegebilde noch so sehr überwuchert und unkenntlich gemacht sein. Von hier aus sind im vorliegenden Falle manche Züge der Gründungssage beachtenswert. In einer wilden Einöde säugt eine Wölfin die ausgesetzten Zwillinge. Ein Räuberleben entwickelt sich in diesen Gegenden. Remus wird im Streit erschlagen. Um das Anwachsen der Stadt zu fördern, eröffnet Romulus an der Stelle, welche beim Herabsteigen vom Kapitol zwischen beiden Hainen eingezäunt ist, eine Freistätte. Dahin fliehen die zweifelhaften Ele-

[1]) Mommsen, a. a. O. — [2]) An pönale Verwendung uralter Bestattungsformen denkt Brunner Ztsch. d. Sav. St. Germ. Abt. XIX S. 136 Anm. — [3]) Mommsen, a. a. O. S. 918, 913 f.



mente der benachbarten Bevölkerung. Die Gesandten, welche der König an die umliegenden Völkerschaften schickt, um Bündnis und Eherecht für die neue Stadt zu erwerben, werden nirgends gütig angehört; anstatt freundliches Entgegenkommen zu finden, heimsen sie verächtliche Ablehnung ein; die meisten entläßt man mit der wenig schmeichelhaften Frage, weshalb keine Freistätte für die Frauen eröffnet worden sei; das würde erst eine ganz gleiche Ehe geben. In räuberischer Gewalttat werden Weiber erworben. Die Überlieferung kündet derart von einer recht verdächtigen Gesellschaft ohne natürliche Organisation, von echtem „Wolfs"-Leben, von einer Freistätte für Gesindel aller Art. Sie paßt zur Wölfin, wenn man diese als Acht-Symbol deutet, was durch die auch römische Vorstellung vom Wolf-Menschen ermöglicht ist.

Dazu kommt die örtliche Lage der Stadt. Die Gegend ist ungesund, teilweise sumpfig, wasserarm, wenig fruchtbar; sie ladet nicht ein, hier zu wohnen. Inmitten einer gesegneten Landschaft mit starkem Reiz für den Ansiedler mußte die Örtlichkeit das Unglückliche ihrer Lage nur um so eindringlicher zum Bewußtsein bringen. Naturgemäß gaben denn auch die ungünstigen Bodenverhältnisse seit je zu denken, schon in alter Zeit empfand man es als seltsam, daß in so ausnehmend schlechter Lage das mächtige politische Gemeinwesen erstand. Nicht die Faktoren dieser Entwickelung, die Gründe kommerzieller und strategischer Art, denen Rom wohl seine Bedeutung verdankt (Mommsen), kommen hier in Frage, sondern ausschließlich der unwirtliche Charakter der Gegend, der mit der Überlieferung und dem Stadt-Symbol insofern im Einklange steht, als ein solcher Ort leicht eine Zufluchtsstätte Geächteter, eine „Wolfs"-Gegend gewesen sein kann. Bei dem merkwürdigen Instinkte für das Richtige, der dem genialen Menschen eigen ist, verdient es Aufmerksamkeit, daß Goethe in der „Italiänischen Reise" unterm Datum Rom 25. Januar 1787 aus der Lage der Stadt unwillkürlich schließt, daß da einmal Gesindel gehaust haben müsse. „Ich bin überzeugt, kein Ort der älteren Völker lag so schlecht als Rom." „Schon die Lage dieser Hauptstadt der Welt führt uns auf ihre Erbauung

zurück. Wir sehen bald, hier hat sich kein wanderndes, großes, wohlgeführtes Volk niedergelassen, und den Mittelpunkt eines Reiches weislich festgesetzt; hier hat kein mächtiger Fürst einen schicklichen Ort zum Wohnsitz einer Kolonie bestimmt. Nein, Hirten und Gesindel hat sich hier zuerst eine Stätte bereitet; ein Paar rüstige Jünglinge haben auf dem Hügel den Grund zu Palästen der Herren der Welt gelegt, an dessen Fuß sie die Willkür des Ausrichters zwischen Morast und Schilf einst hinlegte."

Demnach mag im Wahrzeichen Roms das Acht-Symbol stecken, jenes irgendwie darauf zurückgehen. Vielleicht befand sich in uralter Zeit hier eine Freistätte für Verbrecher. Asylen kam ja in der Vorzeit bekanntlich überhaupt eine hohe Wichtigkeit zu; sie bildeten ein notwendiges und wohltätiges Korrektiv gegen das Übermaß von Gewaltanwendung im gesellschaftlichen Leben. Sie spielten gerade auch im Städtewesen eine Rolle, wozu Livius c. 8 zu vergleichen. Man denke etwa an die alte Latiner-Stadt Praeneste, welche Freistätte für flüchtige oder vertriebene Römer war. Die römische Wölfin wäre dann auf dem Gebiete des Symbols ein Seitenstück zur Tatsache, daß in Deutschland Bewohner der Orte, wo Freihöfe waren, Totschläger hießen.[1])

An dem Ursitz der römischen Stadt, wo die Gründungssage lokalisiert ist, haftet zugleich das uralte, volkstümliche, mit der größten Zähigkeit sich behauptende Kultfest der „Wolfsgilde", der „Luperci", zu Ehren des Faunus. Daß von den „Lupercalia" gar kein verbindender Faden zum Stadt-Symbol der Wölfin führen sollte, ist kaum glaublich. Möglicherweise steuern die ehrwürdigen Bräuche ebenfalls etwas zu Gunsten des angeregten Gedankens bei. Die Benennung nach dem Wolfe wird für nicht völlig klar gehalten; der Grund hierfür sei kaum mehr zu ermitteln; in der Bedeutung des Faunus liege nicht die Ursache.[2]) Man erblickt in dem „Wolfsfest" einerseits ein Hirtenfest, wie namentlich der äußere Aufzug der Luperci zeigt; auf der anderen Seite weisen wesentliche Elemente in dem Ritual auf Reinigung und Sühnung mit spezieller Beziehung auf die Fortpflanzung

[1]) Grimm, Rechtsaltertümer II. S. 535 N. 2. — [2]) Wissowa, Religion und Kultus der Römer 1902 S. 172, 483 N. 6.



und Vermehrung der Gemeinde und ihrer Herden. Beweis dessen das gerade bei Lustrationen gebräuchliche Hundeopfer; die Zeremonie, daß zwei Jünglinge mit dem blutigen Opfermesser an der Stirne berührt und dann mit in Milch getauchter Wolle gereinigt wurden, worauf sie auflachen mußten; weiter der als Lustrationsakt typische Umlauf; endlich die Sitte der Luperci, mit den aus dem Fell des geopferten Bockes geschnittenen Riemen die sich ihnen entgegenstellenden Frauen zu schlagen, um ihnen Fruchtbarkeit zu verleihen, welch' letzterer Brauch den Faunus deutlich als Gott der animalischen Befruchtung kennzeichnet.[1]) In diesem Vorstellungskreise ist es sehr schwer zu unterscheiden, was volkstümliche italische Anschauung, was Entlehnung aus verwandten Gebieten griechischer Religion und Mythologie ist.[2]) Mir scheint das Ritual aus Elementen verschiedener Wurzel zu bestehen, die dem Ganzen ein rätselhaftes, wenig harmonisches Gepräge verleihen. Was soll bei einem ländlichen Hirtenfest die „Wolf"-Benennung für den Kult und seine Priester? Was der Reinigungs- und Sühnungszweck mit jener merkwürdigen Zeremonie, in der ersichtlich ein Menschenopfer symbolisiert ist? Das scheint vielmehr einem Kult zu entstammen, der unschwer zu begreifen wäre, wenn im alten Stadtgebiet wirklich eine frühere Zufluchtstätte für Wolf-Menschen gesehen werden dürfte. Denn dann läge die Annahme nahe, daß sich ein Kult gebildet hätte, der die Vergangenheit austilgen, den „Wolfs"-Boden entsühnen sollte. Es könnte an ein Wolfsopfer gedacht werden, an dessen Stelle, wie im deutschen Recht, ein Hundeopfer getreten wäre. In ihm würde symbolisch die Opferung des Verbrechers zum Ausdruck gelangen, welcher in Wahrheit mit dem Leben davonkommt, weil es sich nur um einen Scheinakt handelt. So wäre die Zeremonie mit den Jünglingen verständlich, deren Auflachen drastisch die Pardonierung anzeigt. Und jetzt dürfte auch die Priesterbezeichnung lupercus (= lupus) sich ohne sonderliche Schwierigkeit natürlich erklären lassen. Sie wäre nach dem Opfergegenstande gebildet, wie das nicht ohne Grund auch anderwärts vermutet werden darf.

[1]) Wissowa S. 172f. — [2]) Wissowa S. 174.

Vielleicht ist mit dem angeregten Gedanken über den ursprünglichen Sinn des römischen Wolf-Symbols, der an Erscheinungen der vergleichenden Strafrechtsgeschichte anknüpft, ein Punkt gefunden, von dem aus ein wenn auch recht schwaches Licht auf Roms Urgeschichte fällt.

X.

Condictio incerti.

Von

Robert von Mayr.

I. Einleitung.

Wenn es richtig ist, daß ein „der Wahrheit gebrachtes heroisches Selbstopfer“ schwerer wiegt „als die dickleibigsten Publikationen“[1]), dann sei dieses Verdienst gern erworben, zumal vorliegenden Falles die vielseitige Übereinstimmung der Meinungen[2]) den Schritt wesentlich erleichtert: Die Interpolation der condictio incerti läßt sich — wenigstens auf dem bisher eingeschlagenen Wege[3]) — nicht halten. Denn bei ruhiger und objektiver Betrachtung des Quellenmaterials muß zugegeben werden, daß eine Reihe der zu diesem Zweck angenommenen Interpolationen bedenklich, manche dadurch notwendig gewordene Interpretation nicht einwandfrei und natürlich, dieser und jener Rechtsbehelf, der herangezogen werden mußte, um den anscheinend bloß durch condictio incerti geschützten Anspruch auch für das klassische Recht zu retten, unglaubwürdig erscheint.[4]) Andererseits

---

[1]) H. Erman, Conceptio formularum usw., Sav. Z. R. A. 19. Bd. S. 266 n. 3 a. E. — [2]) Vgl. Kipp, v. condictio, Pauly-Wissowa, Realencyclopädie IV Spalte 856 f.; H. Krüger, Sav. Z. R. A. 21. Bd. S. 419, 422 ff.; Hruza, Jurist. Litteraturblatt 1901 S. 90 f.; Stintzing, Beiträge zur röm. Rechtsgeschichte, Jena 1901 S. 20 ff. u. a. m. — [3]) Pflüger, Sav. Z. R. A. 18. Bd. S. 75 ff.; Mayr, Condictio, 1900, S. 181 ff. 215 ff. — [4]) Vgl. Krüger l. c. S. 423.

sind aber mit diesem Zugeständnisse die gewichtigen Bedenken gegen die Anerkennung der condictio incerti als klassischer Rechtseinrichtung keineswegs behoben. Feststehend bleibt zunächst die Tatsache, daß die Kompilatoren allenthalben eine besondere Vorliebe für die condictio überhaupt bekunden[1]), die sich in erster Linie aus dem Wegfall der mehrfachen Eigentümlichkeiten der condictio infolge der Verdrängung des Formularprozesses durch den Kognitionsprozeß erklärt.[2]) Unerschüttert ist ferner die Interpolation der sogenannten condictio ex lege[3]) und der condictio generalis[4]) sowie der berühmten Beweisregel für die condictio indebiti.[5]) Sicher ist, soweit in solchen Dingen überhaupt von Sicherheit gesprochen werden kann, die Interpolation der Einteilung der Kondiktionen nach dem Klagegrunde.[6]) Unleugbar ist die Verdrängung der einfachen actio durch die condictio in einer Reihe von Stellen der justinianischen Kompilation[7]), wie die umgekehrte Erscheinung, daß bisweilen actio zu lesen steht, wo condictio erwartet werden sollte[8]), am deutlichsten beweist.

Zeigen diese und andere Umstände die stark modifizierende und korrigierende Tätigkeit der Kompilatoren auf dem Boden der condictio überhaupt, so ist es auf dem Gebiete der condictio incerti insbesondere der Umstand, daß das „Kondiktionenwort" repetere[9]) grundsätzlich nicht in

[1]) Vgl. Pernice, Labeo III S. 205 n. 1; Sav. Z. R. A. 13. Bd. S. 251; Trampedach, Sav. Z. R. A. 17. Bd. S. 113 n. 1; z. B. l. 31 pr. D. 5. 3; l. 25 § 1 D. 7. 1; l. 11 § 4 D. 27. 6 (dazu Gradenwitz, Interpolationen, S. 92 f.), l. 8 D. 34. 5 (vgl. Paulus S. R. 2. 23 § 5); l. 137 § 2 D. 45. 1; Pernice stellt auch l. 8 § 2 D. 16. 1 hierher; dazu eine spätere Bemerkung. — [2]) Vgl. Baron, Abhandlungen I S. 2. — [3]) l. 1 D. 13. 3; l. 29 D. 48. 5; vgl. Baron l. c. S. 76 ff.; Pernice, Labeo III S. 204 n. 1; Sav. Z. R. A. 13. Bd. S. 251; Mayr, Condictio S. 288 f. 359 f. — [4]) Vgl. Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 153 ff.; Mayr, Condictio S. 276 ff. — [5]) Vgl. H. Appleton, Des Interpolations dans les Pandectes etc., Paris 1895 S. 28 f. 115. — [6]) Vgl. schon Savigny, System V S. 608; Baron, Abh. I S. 45 ff. 87; Mayr, Condictio S. 201 f. und dazu die einschränkenden Bemerkungen von Pernice, Labeo III S. 214 f. 234 ff. und Trampedach, Sav. Z. R. A. 17. Bd. S. 97. — [7]) siehe oben n. 1. — [8]) siehe unten S. 262 n. 4. — [9]) Pernice, Labeo I S. 420; III S. 213 f.; II 2 S. 93. Zur Erläuterung meines anscheinend abweichenden Standpunktes (Condictio S. 98 f., dagegen Stintzing, Beiträge S. 9 n. 1) bemerke ich nur, daß ich bloß

Zusammenhang mit ihr gebracht erscheint[1]), der ihre Klassizität fraglich macht.

II. Actio certae creditae pecuniae.

Ihren schlagendsten Beweis findet die Annahme, daß die Kompilatoren die actio auf Kosten der condictio zurückdrängten in der, wenn auch nicht ganz gelungenen, so doch versuchten Ausmerzung der actio certae creditae pecuniae.[2]) Allerdings wäre dieser Umstand vielleicht noch überzeugender, wenn es richtig wäre, daß actio c. c. p. und condictio im klassischen Prozeß verschiedene und einander ausschließende Ansprüche darstellten. Dennoch scheint diese Aufstellung nicht annehmbar.

Es ist wahrscheinlich — mehr wird sich für diese nahezu prähistorischen Zeiten der römischen Rechtsgeschichte auf Grund der vorhandenen Quellen kaum sagen lassen —, daß die actio c. c. p. älter ist als die legisactio per condictionem.[3]) Ob sie deshalb mit der legisactio per iudicis arbitrive postulationem zusammenhängt[4]), läßt sich nicht einmal mit solcher Wahrscheinlichkeit behaupten.[5]) Dieses höhere Alter schließt aber nicht aus, daß die a° c. c. p. mit der condictio zusammenfiel, sobald es eine solche gab. Denn Gaius' Bericht[6]) läßt wohl keine andere Deutung zu[7]), als daß durch die

die vielleicht selbstverständliche und vermutlich darum mißverstandene Feststellung beabsichtigte, daß zwar die condictio regelmäßig ein repetere bezweckt, daß aber deshalb noch nicht jedes repetere auf eine condictio gedeutet werden darf (vgl. z. B. l. 22 D. 36. 1 und dazu eine spätere Bemerkung).

[1]) Dies bemerken schon Pernice, Labeo III S. 205 n. 4, 206 n. 1; Baron, Abh. I S. 218; besonders auffällig tritt dies hervor in der Gegenüberstellung von condictio certi und incerti der l. 46 pr. D. 23. 3: — — condictione repetituram, item incerti condictione consecuturam, ut — — —. — [2]) Dies ist der technische Name der Klage; vgl. Lenel, Edikt S. 186, gegen Baron, Abh. aus dem röm. Civ.Pr. I S. 181; insbes. Jobbé-Duval, Études sur l'histoire de la procédure civile chez les Romains, Paris 1896, S. 76 n. 1; siehe unten S. 261 n. 2. — [3]) Vgl. Heimbach, Die Lehre von dem creditum S. 20; Stintzing, Beiträge S. 5; Girard, Nouvelle Revue historique 19. Bd. S. 425 n. 1; Jobbé-Duval l. c. S. 81 f. — [4]) Vgl. Karlowa, Röm. Rechtsgeschichte II S. 763. — [5]) Dagegen: Jobbé-Duval, Études S. 86 f.; Stintzing l. c. S. 5 f. u. n. 3. — [6]) 4. 20. — [7]) A. M. Voigt, Ius naturale II S. 240 ff.; IV 2 S. 401 f.; Baron, Abh. I S. 195 ff.

legisactio per condictionem nicht neue Ansprüche geschaffen, sondern schon bisher rechtlich anerkannten Ansprüchen eine neue Prozeßform eingeräumt werden sollte.[1])

Nicht besser steht es um das Argument, das in dem besonderen Namen der actio c. c. p. gefunden wird.[2]) Danach soll diese auf die Fälle des creditum beschränkt gewesen sein, die condictio dagegen dort Platz gegriffen haben, „wo das wahre creditum mißlingt“.[3]) Für diese Unterscheidung läßt sich Gaius ins Treffen führen, der in seinen Institutionen anscheinend zwischen actio c. c. p. und condictio zu scheiden weiß.[4]) Allein dieser Unterscheidung stellt sich, sobald man einmal die abstrakte Natur der Kondiktionenformel anerkennt und bei dem heutigen Stande der Dinge anerkennen muß[5]), die Schwierigkeit entgegen, wie die Formel der actio c. c. p. von jener der condictio unterschieden gewesen sein soll.[6]) Wenn ferner die actio c. c. p. ein von der condictio verschiedener Anspruch eigener Art war, kann nicht dort, wo es sich zweifellos um solchen Anspruch handelt[7]), willkürlich nur von certa pecunia die Rede sein[8]), die doch jedenfalls den Gegenstand der condictio ex lege Silia bildete. Die Annahme, daß es sich anbetrachts der bestimmten causae und der sponsio trotzdem nur um a° c. c. p. handeln kann, darf aber gerade der nicht selbstverständlich finden, der einen scharfen Unterschied zwischen beiden Ansprüchen gemacht wissen will.[9])

Andererseits hat die doppelte Bezeichnung desselben Anspruches nichts Auffallendes an sich, sobald man die

---

[1]) Vgl. Pernice, Labeo III S. 226 ff.; Girard, Nouvelle Revue historique, 19. Bd. S. 412 f. 419. 420 n. 1. 423 f. — [2]) Lex Rubria cap. XXI u. XXII; Quintil. in Orat. 4. 2 § 6: certam creditam pecuniam peto; 4. 2 § 61: de certa credita; 8. 3 § 14: certam creditam 12. 10 § 70: de certa credita; Gaius 4. 13; 50; 171; Seneca de benef. 3. 10 § 1: Dies praeterea beneficio reddendo non dicitur sicut pecuniae creditae; 3. 7 § 1: actio sicut creditae pecuniae. lex Iulia municip. lin. 44: utei de pecunia credita. — [3]) Stintzing, l. c. S. 12; vgl. auch Karlowa, Röm. R.G. II S. 594 f. — [4]) Vgl. 3. 124; 4. 13; 4. 171. — [5]) Vgl. Lenel, Edikt S. 187 ff.; Mayr, Condictio S. 199 f. — [6]) Vgl. Mayr, Condictio S. 70 f.; Jobbé-Duval, Études S. 79. — [7]) Vgl. Mayr, Condictio S. 49 ff.; Stintzing l. c. S. 14 f. — [8]) Vgl. Cicero pro Roscio comoedo 4. 10; 5. 14 u. a. m. — [9]) Dies gegen Stintzing, l. c. S. 15 n. 1.

historische Entwicklung ins Auge faßt: Ursprünglich bezeichnete a° c. c. p. den Anspruch, condictio die Prozeßform (legisactio per condictionem). Als Bezeichnung des Anspruches kam daher condictio vermutlich erst nach dem Verschwinden der Legisaktionen auf[1]), vielleicht auch in dieser Zeit nur oder doch vorwiegend als Bezeichnung der Formel. Darum wird der Anspruch noch bei Cicero und in der lex Rubria ausnahmslos als actio certae (creditae) pecuniae bezeichnet. Dazu stimmt es auch, daß Gaius in seinen Institutionen condictio stets nur absolut zur Bezeichnung der Prozeßform(el), niemals unter Beifügung der causa (indebiti usw.) als Anspruch besonderer Art gebraucht.[2]) Auch läßt gerade die verhältnismäßige Sorglosigkeit, mit der die Kompilatoren reiche Spuren der actio certae creditae pecuniae stehen ließen[3]), darauf schließen, daß hier die Rechtswissenschaft schon längst sich abgewöhnt hatte, einen Unterschied oder gar einen Gegensatz der Ansprüche anzunehmen. Die Spur der a° c. c. p. an Stelle der condictio indebiti[4]) aber zeigt geradezu, daß eine a° c. c. p. auch dort Platz greifen konnte, wo nach der Anschauung der Gegner nur für die condictio Raum wäre.

Diese Identität der beiden Ansprüche scheinen ferner auch solche Stellen zu beweisen, die ausdrücklich betonen, daß indebitum und mutuum derselben Klageformel unterworfen sind.[5]) Diese Klageformel aber scheint im Album des Prätors weder als a° c. c. p. noch als condictio bezeichnet, sondern unter der allgemeinen Rubrik si certum petetur behandelt worden zu sein.[6])

---

[1]) Vgl. Mayr, Cond. S. 136 f. — [2]) Vgl. (die sämtlichen Stellen:) 2. 79; 3. 91; 4. 5; 4. 8; 4. 12. 4. 18; 4. 33. — [3]) Vgl. l. 12 § 1 D. 20. 5; l. 19 § 3 D. 14. 3; l. 67 § 4 D. 12. 6; l. 8 D. 12. 1; l. 34 pr. D. 17. 1; l. 4 D. 38. 1; l. 70 D. 3. 3; l. 126 § 2 D. 45. 1; l. 2 C. 8. 41; l. 5 C. 4. 30. — [4]) l. 24 pr. D. 19. 1; l. 57 § 1 D. 12. 6; l. 8 D. 34. 1; vgl. Pernice, Labeo III S. 212 n. 3; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 157 n. 2; 158; vielleicht auch l. 1 § 1 D. 12. 6: per hanc actionem condicere. — [5]) Gaius 3. 91; § 1 J. 3. 14; § 6 J. 3. 27; l. 5 § 3 D. 44. 7. — [6]) l. 1 pr. D. 13. 3 (siehe allerdings unten S. 275 n. 1); l. 9 pr. D. 12. 1; l. 24 eod.; Tit. Dig. 12. 1; Cod. Greg. 3. 12; C. Th. 2. 27, 29; C. Iust. 4. 2; Lenel, Edikt S. 184 f.; Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 849; v. Hollander, Jur. Litteraturblatt, 1903, S. 84 f.

Als letztes Unterscheidungsmerkmal zwischen a° c. c. p. und condictio erübrigen daher nur der Eid und die Sponsion. Die — man darf wohl sagen — herrschende Ansicht führt die sponsio tertiae partis auf die lex Silia zurück.[1]) Allerdings vermag sie dafür kaum ein anderes Argument anzuführen als deren gelegentliche Bezeichnung als legitima sponsio durch Cicero[2]) und die Analogie des sacramentum.[3]) Denn das andere, weit schwerer wiegende Beweismoment, daß diese Sponsion für die a° c. c. p. ausdrücklich bezeugt ist[4]), verbietet sich von selbst, sobald die Identität der beiden Ansprüche nicht vorausgesetzt, sondern umgekehrt zu beweisen ist. Jedenfalls läßt sich daher nur von einer gewissen Wahrscheinlichkeit sprechen sowohl für die Frage, ob die sponsio eine Eigentümlichkeit der condictio gebildet, als auch für die, ob sie der lex Silia ihre Entstehung verdankt habe.

Diese Wahrscheinlichkeit wird sich für jene Frage zur Gewißheit erheben, wenn der Nachweis der Identität von a° c. c. p. und condictio gelingen sollte, für diese dagegen immer nur Wahrscheinlichkeit bleiben. Denn trotzdem ist unbeweisbar, daß die Eigentümlichkeit des neuen (Kondiktions-)Verfahrens in der Ausstattung der actio c. c. p. mit dem „Sponsionszwang“ [5]) bestanden habe und daß dieser nicht erst später eingeführt worden sei.

Ähnlich verhält es sich mit dem Schieds-Eid. Auch hier stehen sich die beiden wohl gleichermaßen nur zu vermutenden, nicht zu beweisenden Anschauungen gegenüber,

---

[1]) Vgl. die Literaturnachweise bei Mayr, Cond. S. 29 n. 3; ferner Huschke, Darlehen S. 204 f.; Wieding, Libellprozeß S. 648; Savigny, System V S. 611; Girard, Nouvelle Revue, 19. Bd. S. 420 n. 2; Jobbé-Duval, Études S. 163 ff. — A. M. Baron, Abh. I S. 186 ff.; Karlowa, Röm. R.G. II S. 595, 596 a. E.; Stintzing, Beiträge S. 43, 61; vgl. die vorsichtige Abwägung der Argumente bei Pernice, Labeo III S. 226 n. 4. — [2]) pro Roscio comoedo 4. 10. — [3]) Vgl. Keller-Wach § 18; Kappeyne, Abhandlungen zum römischen Staats- und Privatrecht, Stuttgart 1885, II S. 276. — [4]) Gaius 4. 13, 171, 180; Cicero pro Roscio 4. 12; 5. 15; vgl. Huschke, Darlehen S. 211; Wlassak, Sav.Z. R. A. 9. Bd. S. 382 f.; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 156, 157 n. 2, 163; Rudorff, Röm. R.G. II § 23 n. 5; Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 850. — [5]) Vgl. Mayr, Cond. S. 29 n. 2 und unten S. 265 n. 1.

daß der Eid von alters her eine Eigentümlichkeit der condictio[1]) gebildet oder umgekehrt die a° c. c. p. von der condictio geschieden habe.[2]) Jüngst aber hat die Sache eine neue Wendung bekommen durch die Aufstellung, daß nicht Sponsion **und** Eid der einen oder der anderen, bez. beiden (identischen) Klagen eigentümlich gewesen[3]), sondern daß gerade in der Sponsion für die eine, in dem Schiedseid für die andere Klageform der wesentliche Unterschied von a° c. c. p. und condictio gelegen sei, daß Eid und Sponsion mit anderen Worten nicht nebeneinander zulässig waren, sondern sich gegenseitig ausschlossen.[4]) Fällt daher auch dieses Argument, so muß der letzte Versuch einer Scheidung zwischen a° c. c. p. und condictio als gescheitert gelten.

Sicher ist, daß sich die Sponsion für die condictio nur vermuten, nicht beweisen läßt, daß sie dagegen für die a° c. c. p. außer Zweifel steht. Läßt sich daher umgekehrt beweisen, daß der Eid der condictio eigentümlich, der a° c. c. p. dagegen versagt gewesen sei, so hat die Gegenmeinung so viel wie gewonnenes Spiel, wenn sie vielleicht auch nach den bisherigen Ergebnissen zugeben muß, daß desungeachtet nicht zwei verschiedene Ansprüche, sondern nur eine Besonderheit des Prozeßverfahrens zu Gunsten der Ansprüche auf certa credita pecunia vorliegt. Aber vielleicht bedarf es nicht einmal dieser Verwahrung.

Um mit den Zugeständnissen der Gegenseite zu beginnen, entfällt ein Teil der Bedenken gegen die Gefahr, daß der Beklagte grundsätzlich zum Meineid bereit gewesen wäre, um den Verlust der Sponsionssumme hintanzuhalten[5]), wenn man Sponsion und Eid mit der herrschenden Meinung[6])

[1]) Voigt, Ius nat. III S. 761 n. 1229. — [2]) Karlowa, Röm. R.G. II S. 597 f. — [3]) Huschke, Darlehen S. 211; Rudorff, Röm. R.G. II § 23 n. 5; Wieding, Libellprozeß S. 654; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 156, 157 n. 2, 163; Lenel, Edikt S. 188; Jobbé-Duval, Études S. 154 ff.; Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 850 u. a. m.; Bekker (Sav.Z. R.A. 4. Bd. S. 95) macht gerade die Wahrscheinlichkeit dieser Umstände gegen Barons Behauptung geltend, daß die causa in iure nicht genannt wurde. Dieses Bedenken ist damit beseitigt, daß nur die Formel die causa nicht enthielt, deren Erwähnung schon in iure aber nicht ausschloß (Lenel, Edikt S. 187 ff.; Pernice, Labeo III S. 212 n. 2). — [4]) Stintzing, Beiträge S. 43 ff., 61. — [5]) So Stintzing, l. c. S. 43 f. — [6]) Vgl. die Literaturnachweise bei Mayr, Condictio S. 29 n. 2.

nicht kumuliert, sondern alternieren läßt.[1]) Darum beweist auch Ciceros Rede für den Schauspieler Roscius nicht gegen den Eid bei der a° c. c. p., weil hier eben ein Fall des Sponsionsverfahrens vorliegt. Aus demselben Grunde verliert auch die anscheinend von a° c. c. p. handelnde und des Eides nicht gedenkende Gelliusstelle[2]) ihre Beweiskraft.

Desgleichen beweist das Schweigen der lex Rubria über den Eid dort, wo sie von der certa credita pecunia im Gegensatz zu allen übrigen Klagen spricht, nicht gegen die Zulässigkeit des Eides in solchem Streitverfahren. Denn sie übergeht ihn auch in jenen anderen Fällen mit Stillschweigen. Hingenommen mag ferner werden, daß l. 36 D. 12. 2, die der Gegenmeinung anscheinend widerspricht, nicht vom iusiurandum necessarium, sondern bloß vom freiwilligen Eid handelt.[3]) Bedenklicher scheint schon die Behandlung einiger

---

[1]) Dagegen Kappeyne, l. c. S. 206 ff. Dieser führt gegen die bloß fakultative Zulässigkeit der Sponsion an: Gaius 4. 172, wonach der Prätor nur ganz ausnahmsweise gewisse privilegierte Personen, sobald sie zur Ableistung des iusiurandum calumniae bereit waren, von der Sponsion entband. Allein das beweist nur, daß gegen diese Personen das Sponsionsverfahren überhaupt unter dieser Voraussetzung unzulässig war. Es beweist dagegen nicht, daß das Sponsionsverfahren gegen andere Personen mit dem Eidesverfahren verbunden werden mußte. — Darum läßt sich auch aus l. 41 pr. D. 50. 17 (non debet actori licere, quod reo non permittitur) nur entnehmen, daß die Sponsion des Beklagten die Restipulatio des Klägers notwendig verlangte, nicht auch, daß immer (neben dem Eide) Sponsion stattfinden mußte. Das „Permittitur“ des Gaius (4. 171) mag ferner zwar nicht den bloß fakultativen Sponsionszwang beweisen, wie Kappeyne an der Analogie der Injurienklage scharfsinnig dartut (S. 209 f.); aber jedenfalls zwingt diese Analogie nicht zur Annahme der Gegenmeinung. Ebenso zweideutig sind zumindest lex Rubria cap. XXI (S. 207 f.) und lex Iulia municipalis lin. 10 (S. 208 f.). Die Gelliusstelle endlich (14. 2) findet im Text ihre Erledigung. Die herrschende Meinung scheint daher nicht überzeugend widerlegt. Jobbé-Duval (Études S. 179) tritt der herrschenden Meinung in dem Sinne entgegen, daß das Sponsionsverfahren zwar mit dem Eidesverfahren alterniert, in dessen Ermangelung aber Platz greifen muß. Diesen Standpunkt glaube ich im Text geteilt zu haben, glaube aber, daß auch die herrschende Meinung nicht an ein Verfahren ohne Eid und Sponsion denkt; vgl. die Zitate bei Mayr, Cond. S. 29 n. 2. — [2]) N. A. 14. 2. — [3]) Stintzing, l. c. S. 44 f.; zuzugeben ist dies für l. 25 § 1 D. 13. 5 (vgl. Demelius, Schiedseid und Beweiseid S. 65).

anderer Stellen. Denn die Interpolation der l. 14 D. 12. 2, die den ganzen Schlußsatz verschuldet haben soll, ist durch den Hinweis auf die Voranstellung des klägerischen Eides[1]) kaum überzeugend begründet. Ebenso ist die Auslegung des Basilikenscholion[2]) nicht ungeschickt[3]), aber unglaubwürdig. Vermag daher die lediglich auf diese Stellen gestützte Annahme keinen festen Boden zu gewinnen, so wird sie von anderen Quellenstellen mit ziemlicher Deutlichkeit Lügen gestraft.

Die Worte Ulpians[4]): Iusiurandum et ad pecunias et ad omnes res locum habet, werden dafür verwertet, um den Eid der condictio im Gegensatze zur a° c. c. p. zu vindizieren. Denn damit soll auf die beiden durch die lex Silia und durch die lex Calpurnia repräsentierten Formen der condictio angespielt sein. Zur Bestärkung dafür, daß von vornherein nur an die condictio, nicht an die a° c. c. p. gedacht werden darf, wird aber der Bericht des Gaius[5]) angerufen, wonach ein iuramentum calumniae mit der restipulatio unverträglich sei, während Ulpian im weiteren Verlaufe seiner Darstellung ausdrücklich erklärt: qui iusiurandum defert, prior de calumnia debet iurare, si hoc exigatur. Allein auch dieses Argument hält nicht stand, wenn man den Bericht des Gaius nur in dem zwanglosen Sinne versteht, daß Eid und Sponsion nur wahlweise Platz greifen können, und daß bloß im Falle des Sponsionsverfahrens der Gefährdeeid ausgeschlossen ist.

Der Versuch, die übrigen der Gegenmeinung entgegenstehenden Stellen[6]) auf ein iusiurandum voluntarium auszudeuten, mag daher widerspruchslos hingenommen werden. Denn hält das Hauptargument nicht stand, verlieren auch diese zum Teil an sich schon bedenklichen Auslegungsver-

---

[1]) Stintzing, l. c. S. 45. — [2]) ad l. 34 Bas. 22. 5: *Σημείωσαι δὲ ὅτι καὶ ὁ νεκεσσάριος ὅρκος σήμερον ἐπὶ παντὸς πράγματος χώραν ἔχει, καὶ οὐχ, ὥσπερ τὸ παρόν, ἐπὶ τινῶν, οἷον ἐπὶ τῇ εἰ κέρτουμ πετάτουρ καὶ τῆς πεκουνίας κονστιτούται.* — [3]) Stintzing, S. 46 gewinnt den ihm genehmen Sinn, indem er das Beispiel *οἷον κ. τ. λ.* nicht auf die Vergangenheit (*ἐπὶ τινῶν*), sondern auf die Gegenwart (*ἐπὶ παντὸς πράγματος*) bezieht. — [4]) l. 34 D. 12. 2. — [5]) 4. 171. — [6]) l. 42 D. 12. 2; l. 40 eod. und dazu Stintzing, l. c. S. 48 ff.

suche von selbst an Bedeutung. Vollends widerlegt scheint aber die Behauptung der Unverträglichkeit von Eid und Sponsion durch jene von Lenel[1]) beigebrachten Stellen[2]), die das Eidesverfahren anscheinend geradezu auf die a° c. c. p. beziehen.

Darum beweist es schließlich auch nichts gegen die Identität von a° c. c. p. und condictio, wenn die lex Rubria anscheinend nur bei jener der confessio in iure die Kraft sofortiger Vollstreckbarkeit zuschreibt.[3]) Denn wie gerade Gaius' Gleichstellung von mutuum und indebitum beweist[4]), basierte die condictio in jeder ihrer Anwendungsformen prozessual auf der (fiktiven) Annahme einer pecunia credita. Das Gegenteil wäre nur dann annehmbar, wenn aus anderen Gründen die Ausscheidung der bloßen pecunia certa aus dem Machtkreise der actio certae creditae pecuniae glaubhaft gemacht wäre.

Nach alledem liegt daher kein Grund vor, an der Identität von a° c. c. p. und condictio zu zweifeln.[5]) Man muß sich zu diesem Zwecke nur vor Augen halten, daß a° c. c. p. regelmäßig den Anspruch, condictio das Verfahren bezeichnet, bis der Kaiserprozeß der besonderen Verfahrensart den Boden entzieht.

Damit ist aber einmal eine Bestätigung gefunden für die Substitutionsfähigkeit der condictio an Stelle der actio. Sodann ergibt sich aus dieser Identität von a° c. c. p. und condictio zunächst eine Vermutung dafür, daß das certum wenigstens eine gewisse Zeit hindurch ein Essentiale der condictio gebildet habe.

---

[1]) Edikt S. 189 n. 1. — [2]) Plautus, Curculio 4. 2. 10: Qui abiurant, si quid creditumst; Persa 4. 3. 9: Nec metuo, quibus credidi, hodie ne quis mihi in iure abiurassit; Rudens, Prol. 14: Petunt quique in iure abiurant pecuniam; Sallust, Catilina 25. 3: creditum abiuraverat; Isidor, Origin. 5. 26 § 12. — [3]) Stintzing, l. c. S. 53 f. gegen Demelius, Die confessio im röm. C. Pr. usw., Graz 1880, S. 140 n. 1. — [4]) 3. 91. — [5]) Vgl. Savigny, System V S. 622; Voigt, Condictiones S. 259 n. 196; Ius nat. III S. 738; IV2 S. 392; Baron, Abh. I S. 178 ff.; Pernice, Labeo I S. 420 n. 14 u. 15; II2 S. 93; III S. 212 n. 3; Girard, Nouvelle Revue, 19. Bd. S. 411 n. 1; Lenel, Edikt S. 186 und n. 1; Pfersche, Die Bereicherungsklagen S. 22; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 157 n. 2; Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 849; R. Leonhard, ebenda IV Sp. 1700; Roby, Roman Private Law, Cambridge 1902, II S. 71 u. a. m.

III. Condictio certi.

Dem Dualismus der legisactio per condictionem entspricht die zweifache Funktion der condictio des Formularprozesses als condictio certi und condictio triticaria. An sich betrachtet kann diese Analogie ebenso den historischen Zusammenhang zwischen der condictio des Legisaktionen- und des Formularprozesses beweisen [1]) wie für die Interpolation dieser beiden Kondiktionsfälle nach dem Muster der zweigestalten legisactio gleichen Namens ins Gewicht fallen.[2])

Für die condictio certi scheint jedenfalls die zweite Annahme wahrscheinlicher. Hierauf hat zuerst Lenel [3]) aufmerksam gemacht. Die certi condictio findet sich außer in der berüchtigten l. 9 (pr. u. § 3) D. 12. 1 nur noch an einer Stelle der Digesten.[4]) Ebenso ist die Wendung certum [5]) und certi condicere [6]) in der justinianischen Kompilation nur je einmal gebraucht, während sich „in den nicht überarbeiteten Schriften der klassischen Juristen" weder die Substantiv- noch die Verbalverbindung vorfindet.[7])

Lex 9 cit. läßt nun als Meisterstück der Interpolation keinen Zweifel darüber, daß hier auch die condictio certi Interpolationswerk ist.[8]) In l. 17 § 2 D. 25. 2 ferner ist die condictio certi schon deshalb unangebracht und als Mißgriff der Kompilatoren zu erkennen, weil es sich hier offensichtlich um eine condictio triticaria (certae rei) handelt.[9]) Unterstützt wird der Interpolationsverdacht hier außerdem durch die an dieser Stelle alleinstehende Wendung certi condici [10]), deren Ursprung noch in anderem Zusammenhang zu erwägen ist. Das „certum condicere" der l. 28 § 4 D. 12. 2 aber, das

---

[1]) Vgl. Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 849; Baron, Abh. I S. 87 ff.; Lenel, Edikt S. 189 f. — [2]) Vgl. Karlowa, Röm. R.G. II S. 599 f. — [3]) Edikt S. 185 f.; vgl. Pernice, Labeo III S. 211 n. 2; Sav. Z. R. A. 13. Bd. S. 248 ff. 252 f. 252 n. 6; Mitteis, Dogm. Jahrb., 39. Bd. S. 157; Roby, Roman Private Law II S. 84 n. 3. — [4]) l. 12 D. 46. 2. — [5]) l. 28 § 4 D. 12. 2. — [6]) l. 17 § 2 D. 25. 2. — [7]) Lenel, Edikt S. 185. — [8]) Vgl. Pernice, Sav. Z. R. A. 13. Bd. S. 250 ff.; Mitteis, Dogm. Jahrb. 39. Bd. S. 153 ff.; Mayr, Cond. S. 278 ff. — [9]) Lenel, Edikt S. 185; Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 315. 104. — [10]) Vgl. Pernice, Sav. Z. R. A. 13. Bd. S. 252; Labeo III S. 211 n. 2; Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 193.

ebenfalls die Vereinzelung der Ausdrucksweise gegen sich hat, ist vielleicht „untechnisch für das ediktale certum petere gebraucht".[1]) Mag übrigens das certum hier eingeschoben sein[2]) oder nicht[3]), in keinem Fall kann certum condicere für eine technisch so genannte condictio certi beweisen. Als solche Beweisstelle kann daher nur l. 12 D. 46. 2 in Betracht kommen[4]), obwohl auch deren Beweiskraft von vornherein durch die Interpolation ihrer Schwesterstelle (l. 9 cit.) erschüttert ist.

Die Stelle handelte ursprünglich von den Voraussetzungen der actio fiduciae[5]) und warf die Frage auf, ob die Delegation der Zahlung gleichstehe. Der angewiesene Schuldner darf die ihm gegen den Deleganten zustehenden Einreden dem Delegatar gegenüber nicht geltend machen, weil dieser — wie die Stelle sagt — suum recepit. Dem Schuldner haftet nur der Delegant, der seinerseits[6]) die actio fiduciae — mandati iudicium sagt die Stelle in ihrer jetzigen Fassung — gegen den Delegatar erwirbt. Die Haftung des Deleganten ist nun näher spezifiziert durch den Zusatz: condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi si soluta esset. Diese Erläuterung leidet nach Pernice[7]) an einem zweifachen Gebrechen, an einem formalen, der falschen Stellung des „non", und an einem materiellen, der

---

[1]) Pernice, Sav.Z. R. A. 13. Bd. S. 252 n. 6; vgl. l. 24 D. 12. 1. — [2]) So mit Berufung auf l. 5 D. 44. 2: Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 193, auch 9. Bd. S. 11 und dazu Pernice, Labeo III S. 225 n. 1; die Argumentation Nabers teilt und befestigt durch den weiteren Hinweis auf l. 31 D. 44. 2: Trampedach, Sav.Z. R. A. 17. Bd. S. 150. — [3]) Pernice, Labeo III S. 211 n. 2 a. E.; Sav.Z. R. A. 13. Bd. S. 252 n. 6. — [4]) Si quis delegaverit debitorem, qui doli mali exceptione tueri se posse sciebat, similis videbitur ei, qui donat, quoniam remittere exceptionem videtur. sed si per ignorantiam promiserit creditori, nulla quidem exceptione adversus creditorem uti poterit, quia ille suum recepit: sed is qui delegavit tenetur condictione vel incerti, si non pecunia soluta esset, vel certi, si soluta esset, et ideo, cum ipse praestiterit pecuniam, aget mandati iudicio. — [5]) Lenel, Palingenesie Paulus 483; H. Appleton, Des Interpolations dans les Pandectes, Paris 1895, S. 155 zu n. 1; Pernice, Labeo III S. 204 n. 5 Z. 5. — [6]) Gegen die Auslegung von Erxleben (Condictiones I S. 157 f.) und Salpius (Novation S. 65), die hier den Schuldner als Subjekt ansehen, mit Recht Pernice, Labeo III S. 204 n. 5 Z. 5 a. E.; Trampedach, l. c. S. 140 n. 1. — [7]) Labeo III S. 204 n. 5 Z. 5.

Alternative von condictio certi und incerti. Denn die Worte „suum recepit“ lassen nur die eine Deutung der Zahlung, nicht auch die des bloßen Versprechens durch den Schuldner zu. Nicht nur die Zweiteilung aber, sondern die condictio überhaupt soll eingeschoben sein. „Denn, weshalb der Delegant haftet, ist für die Entscheidung ganz gleichgültig.“

Allein diese Beweisführung ist nicht überzeugend. Das formale Bedenken läßt sich durch die von Mommsen vorgeschlagene, wenn auch nicht beglaubigte Lesart nondum beseitigen. Ferner mag zwar der Grundsatz, daß Delegation als Zahlung gilt [1]), nicht hinreichen, um die condictio indebite promissi als condictio certi anzusehen [2]), aber er genügt doch vielleicht, die Wendung zu rechtfertigen, daß suum recepit, wer delegationsweise Leistung versprochen erhielt. [3]) Die Streichung der condictio überhaupt endlich scheint mit dem Mangel eines Bedürfnisses nach solcher Aufklärung nicht genügend gerechtfertigt. Denn sie steht nun einmal da und steht wie hier in einer Reihe analoger Stellen. [4])

Aus diesen Gründen ist aber auch die noch radikalere Streichung der Worte: „condictione — aget“ [5]) nicht haltbar, wenn auch die Stelle dadurch an Verständnis gewinnen und in dieser veränderten Gestalt eine überraschende Ähnlichkeit mit einem anderen Ausspruch des Paulus [6]) aufweisen würde, der unter derselben Voraussetzung dem Schuldner schon vor der Zahlung an den Delegatar die actio mandati gegen den Deleganten gewährt. Denn diese Konjunktur vermag neben den soeben zurückgewiesenen Argumenten nur die noch weniger zuverlässige Erwägung sprachlicher Unschönheiten ins Treffen zu führen.

Vorerst fehlt es also an einem überzeugenden Umstande, der eine derart weitgehende Interpolation der Stelle an-

---

[1]) l. 8 § 3 D. 16. 1; vgl. Salpius, Novation S. 101 ff. 106. 474 f.; Windscheid-Kipp II § 342 n. 15; 412 n. 17 u. a. m. — [2]) Vgl. H. Krüger, Sav.Z. R. A. 21. Bd. S. 428 gegen Pflüger, Sav.Z. R. A. 18. Bd. S. 90 ff. und Mayr, Cond. S. 183. 225. 227. 231 ff. zur Beseitigung der condictio incerti in l. 12 D. 46. 2; l. 5 § 5 D. 44. 4; l. 2 §§ 3 u. 4 D. 39. 5; l. 7 pr. § 1 D. 44. 4 u. a. m. — [3]) Vgl. Trampedach, Sav.Z. R. A. 17. Bd. S. 140: Stintzing, Beiträge S. 25. — [4]) Vgl. l. 13 D. 46. 2; l. 5 § 5 D. 44. 4; l. 8 §§ 2 u. 3 D. 16. 1; l. 9 § 1 D. 12. 4 u. a. m. — [5]) Naber, Mnemosyne, 20. Bd. S. 194. — [6]) l. 45 § 5 D. 17. 1.

nehmbar erscheinen ließe. Die Analogie mit anderen Stellen läßt zunächst nur die condictio certi und die Gegenüberstellung von condictio certi und incerti verdächtig erscheinen. Ob dieser Verdacht begründet ist, kann aber erst das Urteil über die condictio incerti überhaupt lehren.

IV. Condictio triticaria.

Etwas anders scheinen die Dinge bei der condictio triticaria zu liegen. Sicher ist jedenfalls, daß die condictio triticaria, wenn man darunter die der legisacto per cond. ex lege Calpurnia nachgebildete condictio auf omnis certa res versteht, in den Quellen der Sache nach weit häufiger begegnet als sie unter diesem Namen angeführt ist. Denn dieser findet sich außer in der Titelüberschrift (13. 3) nur an einer einzigen Stelle der Digesten[1]), während solche Kondiktionen wiederholt auftauchen.[2]) Es liegt daher gewiß nahe, den Namen der condictio triticaria anzuzweifeln.[3])

Das schwächste Argument gegen diese Annahme liegt jedenfalls in dem Hinweis auf das Altertümliche des Namens.[4]) Denn gerade dieser Name konnte bisher auch für die ältere Zeit nicht befriedigend aufgeklärt werden.[5]) Andererseits läßt gerade die ungeschickte, vermutlich für jede Zeitperiode zu enge Bezeichnung einen mißglückten archaisierenden Versuch der Kompilatoren vermuten. Vielleicht mußte auch gerade darum eine Reihe von Fällen durch die Kompilatoren der condictio incerti unterstellt werden, die das klassische Recht durch die condictio certae rei zu decken wußte.[6])

Das Gesetz der historischen Kontinuität scheint für eine Doppelform der condictio des Formularprozeßes zu sprechen.[7]) Nun liegt aber keinerlei Anhaltspunkt dafür vor, daß dieser Doppelcharakter im Legisaktionenprozeß auch in der Bezeichnung zum Ausdruck gekommen sei. Willkürlich ist jeden-

---

[1]) l. 1 pr. D. 13. 3. — [2]) Vgl. z. B. nur l. 52 D. 17. 1: triticum condicet; l. 3 D. 13. 3; l. 8 D. 13. 1; l. 4 eod; ll. 2, 6 D. 12. 1; Gaius 4. 4 und dazu Lenel, Edikt S 191 n. 3. — [3]) Vgl. Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 184 f.; Trampedach l. c. S. 150 f.; Mayr, Condictio S. 203 ff.; ähnlich schon Cuiacius I. p. 762; 1261. — [4]) So Pernice, Labeo III S. 209 n. 4. — [5]) Vgl. Karlowa, Röm. R.G. II S. 599 gegen Huschke (Darlehen S. 204) und Bethmann-Hollweg (Civilprozeß II S. 267). — [6]) Vgl. vorläufig Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 315 n. 1 — [7]) Vgl. Savigny, System V S. 577.

falls die Annahme [1]), daß die lex Calpurnia die legisactio per cond. zunächst nur für triticum bestimmt habe, und daß sich daraus die Bezeichnung cond. triticaria erkläre.[2]) Vielmehr spricht der Umstand, daß die legisactio per cond., wie Gaius' Bericht [3]) anscheinend andeuten will, ein und dieselbe gewesen zu sein scheint, gleichgiltig ob es sich um certa pecunia oder um alia certa res handelte [4]), auch für die Einheit der condictio des Formularprozesses.

Ebenso hat die Annahme wenig für sich, daß gleich der actio c. c. p. schon vor der legisactio per cond. eine actio triticaria existiert habe als Figur der legisactio sacramento, die dann mit der Einbürgerung der condictio sich in eine condictio triticaria verwandelte.[5]) Denn mag zwar des Basilikenscholiasten Hinweis auf das hohe Alter der formula triticaria [6]) ebenso für die actio wie für die condictio triticaria passen [7]), so scheinen doch alle anderen Argumente wenig stichhaltig. Insbesondere der Hinweis auf die verschiedene Schätzung im Rahmen der justinianischen condictio triticaria [8]) ist bereits durch eine Reihe von Auslegungsversuchen entkräftet.[9]) Andererseits fehlt es nicht nur an jeder positiven Überlieferung für die actio triticaria, sondern die lex Rubria, die der a° c. c. p. alle übrigen Klagen gegenüberstellt, schließt die Annahme solcher besonderer Klage geradezu aus.[10]) Dazu kommt noch, daß es an jedem Bedürfnis für solche Klage gebrach.[11])

---

[1]) Huschke, Darlehen S. 204; Voigt, Ius nat. II S. 240; Kappeyne, Abhandlungen II S. 302; Stintzing, Beiträge S. 39 (?). — [2]) Dagegen Karlowa, Röm. R.G. II S. 599. — [3]) 4. 19. — [4]) Vgl. Mayr, Condictio S. 29 f.; Wieding, Libellprozeß S. 649. 657; Kappeyne l. c. II S. 278 ff.; Jobbé-Duval, Études S. 141. 203 ff. — [5]) Karlowa, Der römische Civilprozeß zur Zeit der Legisaktionen, Berlin 1872, S. 125; Bekker, Aktionen I S. 100 f. — [6]) Stephanus ad l. 7 Bas. 24. 8: *ἐπειδὴ ἐν τῇ κατὰ τὸ πάλαι πολιτευόμενον αὐτοῦ φορμούλᾳ τρίτικι ἐνέκειτο μνήμη.* — [7]) Vgl. Karlowa, Röm. R.G. II S. 600. — [8]) Vgl. l. 4 D. 13. 3 (l. 22 D. 12. 1, l. 37 D. 17. 1) mit l. 3 D. 13. 3 und dazu Karlowa, Röm. R.G. II S. 599; Stintzing, Beiträge S. 38. — [9]) Vgl. Mayr, Condictio S. 206 f.; Savigny, System VI S. 227; Rudorff, Röm. R.G. II S. 143 n. 9 — Bethmann-Hollweg II S. 524 n. 169; Huhn, de interp. leg. 3 in Dig. de cond. trit., 1868, S. 15 ff. — Lenel, Paling. Ulpian 780, Hartmann-Ubbelohde, ordo iud. S. 364 n. 45. — [10]) Vgl. Stintzing, Beiträge S. 38. — [11]) Vgl. Stintzing, l. c. S. 38 f.

Umgekehrt spricht alle Wahrscheinlichkeit dafür, daß die cond. triticaria an der einzigen Stelle, an der sie erwähnt wird, von den Kompilatoren eingeschaltet ist. Denn ist schon die Singularität des Ausdruckes auffallend[1]) sowie die unsystematische Stellung, die allenfalls mit dem Mangel eines Systems im modernen Sinne überhaupt sich entschuldigen läßt[2]), so ist der Inhalt der Stelle um so bedenklicher. Sie stellt der a° si certum petetur die triticaria condictio gegenüber. Dies widerspricht der technischen Bedeutung des certum.[3])

Das certum wird gerade mit Rücksicht auf die condictio definiert als das, cuius species vel quantitas — — qualis quantaque sit — — — ostenditur[4]) und ebenso im Hinblick auf die Stipulation, die in dieser Hinsicht, anbetrachts der für sie geltenden Klagenduplizität, denselben Grundsätzen folgen muß, als das, quod ex ipsa pronuntiatione apparet, quid quale quantumque sit.[5]) Endlich stellt auch Gaius[6])

---

[1]) Vgl. z. B. l. 8 D. 13. 1: cond. ipsorum corporum und dazu Naber, Mnemosyne, 20. Bd. S. 185. — [2]) Vgl. Trampedach, l. c. S. 151. — [3]) Vgl. Lenel, Edikt S. 185 n. 1 u. 2 gegen Baron S. 88. 127. — [4]) l. 6 D. 12. 1. — [5]) l. 74 D. 45. 1. Man hat zwar vielfach dem certum der stipulatio certa eine andere Bedeutung unterlegen wollen wie dem certum der condictio (Savigny, System V S. 629, Obl.R. I S. 388 n. c.; Huschke, Darlehen S. 215 u. a. m.) mit Berufung auf den scheinbaren Widerspruch zwischen l. 1 D. 13. 3 und l. 75 §§ 3 u. 9 D. 45. 1, insofern dort die stipulatio ususfructus und die Stipulation von Zinsen Gegenstand einer cond. trit., hier dagegen Objekt einer stipulatio incerta sein soll. Dem Einwand aber, daß der Gegensatz von cond. und a° ex stip. trotzdem auf die Unterscheidung von certa und incerta stipulatio abgestellt ist (pr. J. 3. 15; l. 24 D. 12. 1), suchte man dadurch zu begegnen, daß man annahm, die cond. trit. könne auch auf incertum gehen, die cond. incerti sei nur eine Unterart der cond. trit. (Glosse deduxisse ad l. 75 (74) § 3 D. 45. 1; Savigny, System V S. 626 f.). Doch stellte sich auch dieser Auslegung die actio ex stip. in den Weg, die gerade bei der Stipulation das incertum der cond. entzieht. Nur ein unbefriedigender Vereinigungsversuch war es ferner, daß man in der einen Stelle (l. 1 D. 13. 3) das Moment der Ungewißheit hinwegdachte (Glosse usumfructum ad l. 1 D. 13. 3). Die Schwierigkeit und die Notwendigkeit, eine doppelte Bedeutung des certum anzunehmen, schwindet dagegen von selbst, wenn man mit Rudorff (Röm. R.G. II S. 147 n. 13) annimmt, daß l. 1 D. 13. 3 nicht die cond. trit. zur Rückforderung des fundus vectigalis, des ususfructus usw. gewährt, sondern nur die Rück-

für das certum der Intentio pecuniam und rem aliquam certam debitam einander gleich.[1]) Gegen diese umfassende Bedeutung des certum läßt sich andererseits nicht die confessio ins Treffen führen.[2]) Denn hier ist zwar certum mit certa pecunia identisch.[3]) Aber dieser Fall läßt keine analoge Anwendung zu. Denn hier ist certum erwiesenermaßen an die Stelle von aes[4]) und certa credita pecunia[5]) gesetzt. Der certum confessus gehört erst der Kompilation an, während das certum der condictio von alters her der certa pecunia und certa res gemeinsam war.[6]) Darum ist auch die auf certum gerichtete condictio, wenn man auch deren Hauptstelle[7]) auf die certa pecunia beschränkt[8]), wenigstens in einer[9]) der vier Stellen, in denen sie ausdrücklich so genannt ist, unzweifelhaft auf die cond. triticaria erstreckt[10]) und damit zugleich ein Beweis mehr erbracht für die Interpolation der condictio certi im Sinne einer condictio auf certa pecunia.

Dieser Unebenheit, daß der a° si certum pet. die condictio triticaria gegenübergestellt erscheint, läßt sich nun

---

forderung eines mit solchem Rechte belasteten Grundstückes durch die cond. trit. gestattet. Diese Auslegung findet aber eine feste Stütze in dem Umstande, daß die Zulässigkeit der cond. trit. in solchem Falle tatsächlich fraglich war, weil „die ökonomische Bedeutung des ususfructus, noch mehr des vectigalischen Rechtes, die römischen Juristen dazu veranlaßt hatte, den Nießbrauch als pars dominii, allerdings nur in multis partibus aufzufassen" (Baron, Abh. I S. 114; Lenel, Edikt S. 190; vgl. l. 25 D. 50. 16; l.l. 4, 33 § 1 D. 7. 1; l. 76 § 2 D. 31; l. 49 D. 21. 2; l. 27 § 8 D. 2. 14; l. 58 D. 45. 1). Bequemt man sich aber notgedrungen zu dieser Annahme, so zeigt sich abermals, daß die cond. „certi" bei der Stipulation die certa pecunia und die omnis certa res zugleich umspannt (Lenel, Edikt S. 185 n. 2). — [6]) 4. 33.

[1]) Vgl. Huschke, Darlehen S. 211. — [2]) So Savigny, System V S. 629; Baron, Abh. I S. 88. — [3]) l. 6 pr. § 1 D. 42. 2; vgl. Bethmann-Hollweg, Versuche über C.Pr. S. 264 ff.; Demelius, Confessio S. 139 ff.; Savigny, System V S. 630; Rudorff, Röm. R.G. II S. 146; Baron, Abh. I S. 88; Lenel, Edikt S. 185 n. 1; Giffard, La confessio in iure, Paris 1900, S. 7. 54. 61 n. 1. — [4]) XII Tafeln 3. 1; Giffard, l. c. S. 7. — [5]) lex Rubria cap. XXI; Paulus, S.R. V 26 § 2; Demelius, l. c. S. 111 ff. 129 ff.; Lenel, Edikt S. 329 f. — [6]) Gaius 4. 19. — [7]) l. 9 D. 12. 1. — [8]) Vgl. Lenel, Edikt S. 185. — [9]) l. 17 § 2 D. 25. 1. — [10]) So schon Heimbach, Creditum S. 104; dagegen zwar Pfersche, Bereicherungsklagen S. 30 n. 1; siehe aber oben S. 268 n. 9.

zwar damit begegnen, daß man hier jene auf Rechnung der Kompilatoren setzt[1]) und diese damit rettet. Allein dadurch sind die übrigen Bedenken gegen die cond. triticaria nicht behoben, zu denen sich noch jenes gesellt, daß der cond. triticaria jede Berechtigung abgeht, sobald ihr Widerspiel, die condictio certi, gefallen ist. Das schlagendste Argument gegen die cond. triticaria scheint aber jedenfalls darin gelegen, daß die römischen Juristen die verschiedenen Erscheinungsformen der condictio, die a° c. c. p. und die cond. trit. ungesondert unter der gemeinsamen Überschrift der condictio behandeln.[2])

Eine andere Frage ist, ob diese nominelle Einheit der condictio auch auf das prozessuale Gebiet zurückwirkte, ob auch Verfahren und Formel der condictio dieselben waren, gleichgültig, ob es sich um certa pecunia oder um alia certa res handelte. Die Antwort hängt davon ab, ob man ein Selbstschätzungsrecht des Klägers anzunehmen geneigt ist[3]), und welche Bedeutung man dem certum beimessen will. Denn falls man jenes annehmen oder das certum stets mit ziffernmäßiger Bestimmtheit identifizieren will[4]), entfällt das Bedürfnis nach einer selbständigen condictio „triticaria".

Das Selbstschätzungsrecht[5]) scheint mit der condictio generalis definitiv über Bord geworfen.[6]) Aber auch die Identifizierung des certum mit certa pecunia scheint mir heute nicht mehr durchwegs haltbar. Die certa res konnte, mußte aber nicht geldmäßig bestimmt sein. Gaius[7]) beschränkt diese Identifizierung ausdrücklich auf die lex Cornelia. Andererseits ist zwar auf dem Gebiete der condictio das certum gemeinsam für pecunia und alia res gebraucht[8]), aber vielfach auch die certa res der certa pecunia gegen-

---

[1]) Lenel, Edikt S. 185. 189 f. — [2]) Vgl. Pernice, Labeo II 2 S. 107; III S. 215 f. — [3]) Die Frage, welche Bedeutung eine cond. trit. neben dem Selbstschätzungsrecht des Klägers haben soll, scheint Baron entgangen zu sein. — [4]) Vgl. Mayr, Condictio S. 40 ff. 205 f. — [5]) Vgl. Huschke, Gaius, Leipzig 1855, S. 112 n. 16*; Baron, Abh. I S. 89 ff.; Pfersche, Bereicherungsklagen S. 30 f. — [6]) Vgl. Mayr, Cond. S. 24 f.; Kipp, Pauly-Wissowa IV Sp. 851. Sp. 856 mit Berufung auf l. 58 D. 30; gegen das Selbstschätzungsrecht schon Voigt, Cond. S. 818 f.; ius nat. IV 2 S. 398 ff. — [7]) 3. 124. — [8]) l. l. 6, 24 D. 12. 1; l. 74 D. 45. 1.

übergestellt.[1]) Wenn daher Hermogenian[2]) allgemein pecunia mit omnes res tam soli quam mobiles et tam corpora quam iura zusammenwirft, so bleibt doch noch zweifelhaft, ob dies in allen Fällen gilt, ob pecunia gerade in diesem Sinne in Verbindung mit certa die ziffernmäßige Bestimmtheit bezeichnete, und ob umgekehrt die certa res deshalb immer der certa pecunia gleichkam. Daher mag vielleicht noch die omnis certa res der lex Calpurnia diese engere Bedeutung vorausgesetzt haben. Denn nur unter dieser Voraussetzung läßt es sich begreifen, daß Gaius das Verfahren der lex Silia und der lex Calpurnia einheitlich geregelt denkt. Ebenso mag noch in den ersten Zeiten des Formularprozesses diese engere Bedeutung vorgewaltet und demnach die a^o c. c. p. auf certa pecunia und certa res anwendbar gewesen sein.[3]) Allmählich muß aber die certa res eine ähnliche Wandlung durchgemacht haben, wie das certum pretium beim Kauf[4]), und an Stelle der Bestimmtheit die Bestimmbarkeit genügt haben.

Ist aber das Selbstschätzungsrecht des Klägers abzuweisen und läßt auch die Annahme einer Schätzungsvereinbarung[5]) die Anwendung der a^o c. c. p. nur soweit zu, als solche Vereinbarung wirklich zu stande kommt, so erübrigt für diese spätere Zeit nur die Annahme einer besonderen Formel für omnis certa res. Für diese Fälle muß allerdings auf die besonderen Vorzüge der a^o c. c. p. — Eid und Sponsion — verzichtet werden. Immerhin läßt sich die abstrakte Formel als solcher Vorteil ansehen, der trotzdem die Gewährung einer besonderen Formel rechtfertigt.

Diese Formel muß die Intentio auf die res, die condemnatio auf quanti res erit abgestellt haben[6]); dies selbst dann, wenn die Sache bereits untergegangen war.[7]) Die

---

[1]) Vgl. Stintzing, Beiträge S. 39 n. 4. — [2]) l. 222 D. 50. 16. — [3]) Vgl. l. 2 § 1 C. 4. 18. Damals mochte noch die Formel der cond. trit. gelautet haben: Si paret $N^m N^m$ $A^o A^o$ tritici Africani optimi modios tot dare oportere, $N^m N^m$ $A^o A^o$ sestertium tot milia c. s. n. p. a. (Kappeyne, l. c. II S. 288; Mayr, Cond. S. 213). — [4]) Vgl. Dernburg, Pand. II § 15 n. 6; § 95 Z. II 2a; Bechmann, Der Kauf II S. 340 ff. — [5]) Vgl. Mayr, Condictio S. 41. 206. — [6]) Vgl. Lenel, Edikt S. 190 f.; Pernice, Labeo II 2 S. 102 n. 2. — [7]) Gaius 2. 79; l. 15 D. 12. 4; l. 20 D. 13. 1; l. 68 § 5 D. 47. 2; l. 52 § 28 eod.; l. 83 § 7 D. 45. 1.

Frage ist nur, ob mit einer Formel das Auslangen gefunden werden konnte. Gleichgültig scheint jedenfalls, ob das Edikt die Formel auf tritici Africani optimi modios tot[1]) oder auf hominem Stichum[2]) abstellte. Denn dies bedingt keinen Unterschied. Es liegt daher kein Grund vor anzunehmen, daß das Edikt diese beiden Formeln[3]) enthalten habe.

Wichtiger ist die Frage, ob es dem Kläger freistand, schon sein Petit auf den Geldwert[4]) oder gar alternativ auf die res ipsa oder auf den Geldwert[5]) abzustellen, und ob insbesondere bei Genussachen das erstere die Regel bildete.[6]) Zum Beweis für diese Annahme beruft man sich teils auf jene allgemein redenden Stellen, die aut ipsum aut tantundem als Gegenstand der condictio bezeichnen[7]), teils auf solche Stellen, die es ausdrücklich ins Belieben des Klägers stellen, die Sache oder das pretium zurückzufordern.[8]) Die Meinung, die ein alternatives Klagebegehren für möglich hält, vermag sich aber überhaupt nicht auf die Quellen zu stützen. Denn die einzige scheinbare Belegstelle[9]) hat lediglich den Normalfall einer Alternativobligation vor Augen. Doch auch die Vertreter der ersteren Anschauung müssen zugeben, daß ihre Annahme kaum anders als mit Selbstschätzung der Sache vorzustellen ist.[10]) Ferner erklärt Gaius[11]), ein Zeitgenosse jener Autoren, deren Werken die Belegstellen für diese Meinung entnommen sind, ausdrücklich, daß die Intentio der condictio certae rei immer auf eam ipsam dari nobis oportere abgestellt war. Endlich ist von vornherein klar, daß die Formel der cond. trit., die auf den Wert der Sache gerichtet ist, mit jener der cond. certae pecuniae übereinkommt und mit ihr die Gefahr der pluris petitio[12]) teilt.

---

[1]) Stephanus ad l. 7 Bas. 24. 8; Lenel, Edikt S. 190 n. 9. — [2]) l. 7 § 2 D. 13. 1; Pernice, Labeo II 2 S. 102 n. 2; Naber, Mnemosyne 20. Bd. S. 186. — [3]) So Naber, l. c. S. 186. — [4]) So Pernice, Labeo II 2 S. 102 f. — [5]) So Naber, l. c. S. 186 f. — [6]) So Pernice, Labeo II 2 S. 104 f. — [7]) l. 7 D. 12. 6; l. 19 D. 39. 6; von anderen Stellen dieser Art (l. 25 D. 19. 5; l. 17 § 1 D. 23. 3) gibt Pernice (Sav.Z. R. A. 13. Bd. S. 251 f.) selbst zu, daß sie nicht hierher gehören. — [8]) l. 37 § 1 D. 39. 6; l. 19 eod.; l. 21 D. 49. 14; zu der anscheinend widersprechenden l. 65 § 6 D. 12. 6 vgl. Pernice, Labeo II 2 S. 105 f.; Mayr, Cond. S. 364. 369 n. 3. — [9]) § 33 J. 4. 6; vgl. dazu l. 75 § 8 D. 45. 1. — [10]) Pernice, Labeo II 2 S. 103. — [11]) 4. 33. — [12]) Pernice, Labeo II 2 S. 103; so schon Savigny, System V S. 612.

Die Frage läßt sich daher auch so formulieren, ob aus dem Tatbestand der cond. trit. unter Umständen eine a° c. c. p. resultieren konnte. Dies scheinen die fraglichen Stellen allerdings einzuräumen. Dies stimmt aber zu der zuvor ausgesprochenen Vermutung, daß die certa res, solange ihre Bestimmtheit geldmäßig feststand, den Gegenstand der a° c. c. p. bilden konnte.

Zusammenfassend läßt sich daher sagen: die cond. trit. als materiell von der a° c. c. p. geschiedener Anspruch dürfte sich ausgebildet haben, nachdem der Begriff des certum sich von der ziffernmäßigen Bestimmtheit auf Bestimmbarkeit überhaupt ausgedehnt und sich infolgedessen mangels einer Vereinbarung der Parteien die Notwendigkeit gerichtlicher Schätzung ergeben hatte. Desungeachtet scheint aber die Bezeichnung der cond. triticaria erst durch die Kompilatoren zum technischen Ausdruck gestempelt worden zu sein, vielleicht deshalb, weil die prätorische Formel der condictio certae rei auf triticum abgestellt war.[1]) Denn gerade für den justinianischen Prozeß hatte die Unterscheidung eine praktische Bedeutung, da nunmehr nicht wie im klassischen Prozeß jedesmal auf Geld verurteilt werden mußte, mochte mit a° c. c. p. oder cond. rei geklagt worden sein, sondern das Urteil auch direkt auf die Sache selbst lauten konnte.[2])

---

[1]) Dies rechtfertigt zugleich zur Genüge die Behauptung des Scholiasten (siehe oben S. 272 n. 6) von dem hohen Alter der condictio triticaria. — [2]) l. 68 D. 6. 1; vgl. Trampedach, l. c. S. 151.

(Schluß im nächsten Bande.)

XI.

Der Vindex bei der in ius vocatio.

Von

Herrn Professor **Dr. Schloßmann**

in Kiel.

I.

Stand der Frage. Das Quellenmaterial betreffend den vindex außerhalb der Zwölftafeln.

Es ist eine heutzutage kaum noch von irgend jemand bestrittene Annahme, daß nach dem Rechte der Zwölftafeln der in ius vocatus durch Bestellung eines 'vindex' sich von der Verpflichtung, dem ihn Ladenden sofort zu folgen, habe befreien können, daß dieser vindex desselben Schlages gewesen sei, wie der bei der manus iniectio iudicati auftretende, und daß auch die Voraussetzung seines Eingreifens bei der in ius vocatio eine manus iniectio, daß aber ferner auch im Formularprozesse noch immer, wie in alter Zeit, das Eintreten eines vindex erforderlich gewesen sei, um den vocatus von der Folgepflicht zu entbinden, und daß endlich zwischen dem vindex der Zwölftafeln und dem des klassichen Rechts eine unmittelbare historische Kontinuität bestehe, — wenngleich man selbstverständlich zugibt, daß das Eingreifen des vindex der späteren Zeit sich nicht mehr in den Formen des alten Rechts vollziehe. Eben wegen dieser ununterbrochenen Geltung des Instituts des sogenannten vindex hat man keinen Anstand genommen, das in den Zwölftafeln über ihn Enthaltene zur Bestimmung des Wesens des vindex der späteren Zeit und umgekehrt die späteren Rechtsquellen für Rückschlüsse auf die Natur des Zwölftafel-vindex zu benutzen.

Vereinzelter, mit guten Gründen unterstützter Widerspruch, insbesondere gegen die Möglichkeit, die in den

Zwölftafeln herkömmlich in Tafel I verwiesene Bestimmung über die von dem vindex zu fordernden Eigenschaften:

> 'Adsiduo vindex adsiduus esto: proletario iam civi quis volet vindex esto'

auf die in ius vocatio zu beziehen[1]), ist ungehört verhallt. Lenel[2]), der vor allen in neuerer Zeit als der Vorkämpfer jener Lehre betrachtet werden darf, erklärte, durch den gegen seine Annahmen geäußerten Widerspruch nicht erschüttert zu sein, und seit der Arbeit von Demelius über den vindex hat meines Wissens seine Auffassung in der Hauptsache keinen Widerspruch mehr erfahren. Vindex gegen in ius vocatio, Gleichartigkeit dieses vindex mit dem vindex der manus iniectio iudicati, Vorkommen des vindex im späteren, namentlich im klassischen Rechte, und eine nur durch das veränderte Verfahren bedingte modifizierte Gleichartigkeit der Gestalt des neueren vindex mit dem der Zwölftafeln, sowie auch seine fundamentale Verschiedenheit von dem Vadimoniumsbürgen gehören zu den für unbestreitbar angesehenen Glaubenssätzen der neueren Rechtshistoriker, nur daß über einige Einzelheiten in betreff der Art seiner Bestellung und seiner rechtlichen Behandlung Meinungsverschiedenheit besteht.

Ich halte diese ganze Lehre für gänzlich unbegründet und behaupte, daß es im Zwölftafelrecht einen vindex zum Zwecke der Befreiung des in ius vocatus von der Pflicht, sich der vocatio zu fügen, überhaupt nicht gegeben habe, daß das spätere Recht daher auch einen mit dem Zwölftafelrecht in Zusammenhang stehenden vindex nicht gekannt haben könne, und daß für denjenigen, der im klassischen Prozesse durch sein Eingreifen den in ius vocatus von der Folgepflicht befreien konnte, nicht nur nicht erwiesen ist, daß er den Namen vindex wie sein ihm untergeschobener Ahnherr

[1]) Vgl. bes. Demelius, Der Vindex bei in ius vocatio, Sav. Ztschr. II S. 3 ff. — [2]) Vgl. Sav. Ztschr. II S. 43 ff. Edictum perpetuum (1883) S. 53 ff. (Französ. Ausg. p. 83 ff. (1901). — (Meine Zitate aus diesem Werke betreffen in der Regel, wo nichts anderes gesagt, die durch die französische nur sehr selten geänderte deutsche Ausgabe). Der Ansicht von Lenel hat sich auch Girard, Manuel élémentaire de droit romain III. éd. (1901) p. 989 not. 1. Histoire de l'organisation judiciaire des Romains (1901) p. 72 not. 1 unbedingt angeschlossen.



getragen habe, sondern auch, daß er durch irgendwelche Besonderheit, namentlich von dem, meiner Ansicht nach seinen vollbürtigen Bruder darstellenden Vadimoniumsbürgen durch irgendwelche andern als durch die, zudem keineswegs essentielle Verschiedenheit des Zweckes bedingten Merkmale unterschieden gewesen sei.

Daß dem vindex, von dem in Tafel I des Zwölftafelgesetzes die Rede, die Funktion, den in ius vocatus von seiner Pflicht, mit dem Kläger zu Gericht zu gehen, schlechterdings nicht zugekommen sein kann, folgt ohne weiteres aus der Natur der Wirksamkeit des vindex der manus iniectio iudicati, die, wie ich in meinem „Altrömischen Schuldrecht und Schuldverfahren" (§ 18) bewiesen zu haben glaube, darin bestand, daß er den vom Kläger ergriffenen nexus vom Gläubiger loskaufte und ihn sich in iure cedieren ließ. Für ein solches Eingreifen fehlte es bei demjenigen, der wegen irgend eines Anspruchs vor Gericht gefordert wurde, an aller und jeder Voraussetzung. Wenn man selbst alles andere beiseite läßt, so spricht gegen die Möglichkeit jener Annahme schon allein der äußere Grund, daß der vindex der manus iniectio iudicati nur in iure sich betätigen kann, weil eine in iure cessio nur vor dem Prätor möglich war, während die Tätigkeit eines den in ius vocatus befreienden vindex notwendigerweise außergerichtlich geübt werden mußte, da ihr Zweck gerade darin bestand, ihm das Fernbleiben vom Gerichte, wenigstens zu der Zeit der erfolgten in ius vocatio zu ermöglichen. Die Zwölftafeln kennen offenbar keine Exkusation gegenüber der in ius vocatio. Auch Krankheit und Altersgebrechen entbinden nicht von der Pflicht, ihr zu folgen.[1])

Aber auch wenn wir hiervon absehen und uns lediglich an die Quellen halten, ergibt sich die Unhaltbarkeit der herrschenden Lehre.

Da das vorhandene Quellenmaterial in gleicher Weise für die Ermittlung des Inhalts des Zwölftafelrechts, wie auch

---

[1]) Tab. I, 3: 'Si morbus aevitasve vitium escit, iumentum dato': Tab. II, 2 setzt offenbar einen bereits eingeleiteten Prozeß voraus.

der Bedeutung des vindex im späteren Prozesse und zum Beweise eines kontinuierlichen Zusammenhangs zwischen dem alten und dem neuen vindex benutzt worden ist, so darf und muß auch die Kritik jener Lehre auf diese Quellen in ihrem Zusammenhange und mit Rücksicht auf ihre Beziehungen zum alten wie zu dem neuen Rechte eingehen.

Die Stellen, auf die man sich zu stützen pflegt, sind folgende:

1. Die Stelle der Zwölftafeln Tab. I, 4 (Schöll):

Adsiduo vindex adsiduus esto; proletario iam civi quis volet vindex esto.'

Diese Stelle wird hergebrachtermaßen in die erste Tafel unmittelbar hinter die auf die in ius vocatio bezüglichen Sätze gestellt. An welchem Orte der Satz in den Zwölftafeln wirklich gestanden, darüber fehlt es an jeder Nachricht. Im Wortlaut wird er uns nur von Gellius (XVI, 10, 5) mitgeteilt; aber sowohl bei ihm als auch bei den andern Schriftstellern[1]), die ohne ausdrückliche Nennung der Zwölftafeln nur auf ihn anspielen, geschieht dies nur, um sprachliche Erläuterungen der Worte 'proletarius', 'adsiduus' zu geben; von der juristischen Bedeutung des vindex in dem Zwölftafelsatze ist nirgends die Rede, namentlich auch mit keinem Worte auf die Beziehung zum vindex hingedeutet. Es ist also ganz willkürlich, wenn man den Satz in die erste Tafel verwiesen und in Zusammenhang mit den Bestimmungen über die in ius vocatio gebracht hat. Daß sich aus den andern, alsbald zu erwähnenden Stellen, aus denen man diese Bestimmung seines Standortes hergeleitet zu haben scheint, auch nicht der Schein einer Berechtigung hierzu ergibt, wird bald gezeigt werden.

2. Es gibt nun außerhalb der Zwölftafeln zwei Stellen, in denen in der Tat der vindex in Zusammenhang mit einem in ius vocatus auftritt.

---

[1]) Vgl. Cicero Top. II, 10: Varro de vita populi Romani l. I. Vgl. im übrigen R. Schöll, Legis XII tab. reliquiae p. 116 not. 4.



a) Gaius IV, 46:

Ceterae quoque formulae, quae sub titulo de in ius vocando propositae sunt, in factum conceptae sunt, velut adversus eum, qui in ius vocatur neque venerit neque vindicem dederit.

Es handelt sich hier, wie wohl allgemein anerkannt wird, um eine Strafklage gegen den in ius vocatus, der weder der vocatio Folge leistet, noch einen vindex bestellt.

b) Lex Rubria de Gallia Cisalpina, XXI Z. 21 sq. (Bruns font. p. 101)

Quo minus in eum, quei ita vadimonium Romam ex decreto eius, quei ibei i(ure) d(eicundo) p(raerit) non promeisserit aut vindicem locupletem ita non dederit, ob e(am) r(em) iudicium etc.

In diesen beiden Stellen haben wir also wirklich den vindex, in der lex Rubria sogar den vindex locuples, was wenigstens in dieser Zeit dasselbe ist, wie ein vindex adsiduus. Wer aber in ihnen nur wegen des Auftretens des Wortes 'vindex' ihm dieselbe Bedeutung wie dem vindex in den Zwölftafeln beilegen und behaupten wollte, daß darum, weil bei Gaius ein vindex ausdrücklich im Zusammenhang mit der in ius vocatio genannt ist, auch der vindex in dem Zwölftafelsatze sich nur auf einen in ius vocatus beziehen könne, der könnte sich dafür doch nur auf die Tatsache berufen, daß sowohl hier als bei Gaius das Wort 'vindex' sich findet. Wäre aus dem Zwölftafelsatze die Beziehung auf in ius vocatio ersichtlich oder sonstwie erwiesen, so wären wir allerdings zu dem Schlusse gezwungen, daß der vindex bei der in ius vocatio ein vindex derselben Art sei, wie jener, dessen Tätigkeit in Tafel III als 'vindicere' bezeichnet wird, und dessen Name daher auch nicht anders als 'vindex' gelautet haben könnte, da die Annahme ausgeschlossen wäre, daß die Zwölftafeln für zwei völlig verschiedene Begriffe sich desselben Ausdrucks bedient hätten. Aber selbst dann, wenn die Beziehung auf die in ius vocatio feststände, würde nicht gefolgert werden dürfen, daß 'vindex' bei Gaius dasselbe bedeute, wie in einem sechshundert Jahre vor ihm erlassenen Gesetze. Wollte man das ohne weiteres behaupten, so

würde man übersehen, daß viele Worte, und auch gerade in den Zwölftafeln vorkommende, im Laufe der Zeiten einen Bedeutungswechsel, manche sogar einen mehrfachen erfahren haben, wie z. B. die Worte 'nectere', 'obaeratus', 'adsiduus', 'confiteri'[1]), und daß demnach auch das Wort 'vindex' im Munde des Gaius vielleicht etwas ganz anderes bedeutet, als der vindex in den Zwölftafeln. Solange also nicht feststeht — was aber unerweislich ist —, daß der vindex in unserm Zwölftafelsatze sich auf in ius vocatio beziehe, solange müssen wir, weil wir nur von der Notwendigkeit der Bestellung und den Funktionen des vindex für die manus iniectio iudicati Kunde haben, auch annehmen, daß es sich in unserem Satze lediglich auch nur um den vindex der manus iniectio iudicati handle, und müssen unabhängig von den Zwölftafeln die Bedeutung des vindex bei Gaius zu erforschen suchen.

Der Schein eines Zusammenhangs des späteren vindex mit dem der Zwölftafeln und darum auch der Berechtigung eines Rückschlusses auf die Beziehung des Zwölftafel-vindex auf in ius vocatio wird noch täuschender bei der lex Rubria, weil hier sogar von einem 'vindex locuples' die Rede, der an den 'adsiduus' der Zwölftafeln erinnert. Aber doch nur für eine ganz oberflächliche Betrachtung! Denn was zunächst den 'locuples vindex' betrifft, so mag dieses Attribut, das jedenfalls im späteren Sprachgebrauch dasselbe wie später 'adsiduus' bedeutet, wesentlich dazu beigetragen haben, den vindex der lex Rubria und des Gaius IV, 46 mit dem der Zwölftafeln gleichzusetzen. Aber ich habe an anderer Stelle[2]) schon dargetan, daß 'adsiduus' in den Zwölftafeln nicht, wie später, einen wohlhabenden Mann, sondern nur den „Ansässigen" bedeuten kann, daß aus früher von mir dargelegten Gründen der Zwölftafelsatz verhindern wollte, daß ein erbsässiger Grundbesitzer in das mancipium eines 'proletarius', eines Nichtansässigen gerate, daß also das Erfordernis der Adsiduität keinen Schluß auf den Charakter des vindex als eines Bürgen gestatte, daß aber auch vor allem eine

[1]) Vgl. mein Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren §§ 3. 14. 20. — [2]) Altrömisches Schuldrecht § 20.



Auslegung, die das Wort 'adsiduus' im Sinne von „wohlhabend" auf einen Bürgen bezieht, einen völlig verkehrten Sinn in den Zwölftafelsatz bringt.

Ferner aber müssen wir fragen: wo ist denn in der lex Rubria davon die Rede, daß der vindex dazu dienen sollte, einen in ius vocatus von der Folgepflicht zu entbinden? Offenbar setzt das Gesetz den Fall voraus, daß beide Parteien bereits vor Gericht erschienen sind und verhandelt haben, und daß der Munizipalmagistrat, weil die Erledigung der Streitsache nicht in seiner Zuständigkeit lag, sie vor den römischen Prätor verweisen mußte und dem Verklagten die Bestellung des vadimonium, sich dem Kläger in Rom stellen zu wollen, und die Bestellung eines vindex locuples durch ein Dekret auferlegt hat, der Verklagte aber die Leistung des vadimonium verweigert, oder wenn er dieses auch vielleicht geleistet, einen vindex locuples nicht bestellt hat. Lenel nimmt freilich, in lebhafter Polemik gegen Rudorff, an[1]), die lex Rubria unterscheide hier zwei Fälle, einmal den, wo der Geladene zwar der in ius vocatio vor den Munizipalmagistrat gefolgt ist, dort aber das von diesem ihm auferlegte vadimonium nicht geleistet hat, und zweitens den, wo er der in ius vocatio nicht gefolgt ist und auch einen vindex nicht bestellt hat. Diese Auslegung ist nicht haltbar. Sie ist lediglich durch die vorgefaßte Meinung erzeugt, der vindex des späteren Rechts stehe in untrennbarer Beziehung zu der in ius vocatio. Einer unbefangenen Betrachtung dagegen kann es unmöglich entgehen, daß der vindex locuples und das zu bestellende vadimonium hier zusammengehören. Das Gesetz setzt, wenn es von dem an den Verklagten ergangenen Dekret spricht, in dem vom vadimonium redenden Passus offenbar voraus, daß der Verklagte der in ius vocatio gefolgt sei. Wie kann man nun glauben, daß bei den folgenden Worten 'aut vindicem locupletem ita non dederit' nun plötzlich von dieser Voraussetzung abgesehen und diese durch die nicht ausgesprochene andere Voraussetzung — die Weigerung, der in ius vocatio zu folgen — ersetzt worden sei. Die Voraussetzung der der in ius vocatio geleisteten

[1]) Edictum perpetuum S. 54.

Folge brauchte bei dem Dekret über das vadimonium nicht besonders ausgesprochen zu werden, da das Dekret ohne sie gar nicht hätte ergehen können. Für die unterlassene Bestellung eines vindex locuples dagegen konnte die von Lenel hier unterstellte Voraussetzung keineswegs ohne weiteres ergänzt werden, da ja die — unterlassene — Bestellung des vindex locuples auch dem in iure erschienenen vocatus durch Dekret auferlegt sein konnte. Am allerwenigsten können wir gerade in diesem Gesetze ein solches Sous-entendu annehmen, wenn wir erwägen, mit wie peinlicher Ausführlichkeit und Genauigkeit es alle nur denkbaren Möglichkeiten ausspricht, um jedes Mißverständnis auszuschließen und jedem Zweifel der Munizipalmagistrate vorzubeugen. Und es wäre auch seltsam, wenn das Gesetz, hätte es wirklich die beiden Fälle unterscheiden wollen, den Fall der Weigerung der Folgeleistung gegenüber der in ius vocatio an die zweite Stelle gesetzt hätte, während ein einigermaßen an eine ordentliche Disposition gewöhnter Gesetzgeber doch wohl den Fall, daß der Verklagte sich des Mittels, durch das er sich von der Folgepflicht hätte befreien können, nicht bedient hatte, an die erste Stelle gesetzt haben würde. Aber auch aus einem sachlichen Grunde kann an einen vindex zur Befreiung von einer ergangenen in ius vocatio hier nicht gedacht werden. Hätte nämlich der vocatus einen vindex bestellt, und wäre dieser dem Kläger gefolgt, so hätte er, sobald sich die Unzuständigkeit des Stadtmagistrats herausstellte, — wohl jedenfalls nach der später zu besprechenden Auffassung Lenels — das vadimonium bestellen müssen, und es hätte nun wiederum einer Bestimmung bedurft, — die auch in dem Gesetze seiner ganzen Konzeption nach alsdann nicht gefehlt haben würde, — für den Fall, daß der vindex das vadimonium nicht bestellte.

Durch diese Erwägung ist dieser Stelle wenigstens alle Beweiskraft entzogen. Sie kann daher auch nicht etwa zur Verstärkung der Beweiskraft der Gaiusstelle benutzt werden; denn sie handelt von einem ganz andern Gegenstande als diese.

Es bleibt nun nur noch

3. die gewöhnlich hier benutzte Stelle aus Gaius' Zwölftafelkommentar lib. I l. 22 de in ius vocando 2, 4:

> Qui in ius vocatus est duobus casibus dimittendus est: si quis eius personam defendet, et si, dum in ius venitur, de re transactum fuerit.

Diese Stelle spricht allerdings von in ius vocatio; derjenige, der das 'defendere' des vocatus übernehmen soll, um ihn von der Pflicht zu sofortiger Folge freizumachen, wird von Gaius hier zwar nicht vindex genannt, aber er hat hier zweifellos einen 'defendens' derselben Art im Sinne, wie der ist, den er in den Institutionen IV, 46 als vindex bezeichnet. Wir dürfen also getrost statt der Worte 'si — defendet', ohne den Sinn seiner Worte zu verändern, die Worte 'si vindicem dabit' einsetzen. Ja noch mehr: die Worte stehen in dem Zwölftafelkommentar des Gaius! Darf man denn aber behaupten, daß jeder Rechtssatz, den der Kommentator eines Gesetzes in seinem Kommentar erwähnt, wörtlich oder selbst nur dem Sinne nach in dem kommentierten Gesetze gestanden haben muß? Wir wissen ja, daß die römischen Juristen in ihren Edikts- und Gesetzeskommentaren unendlich vieles andere, was nicht in dem erläuterten Texte stand, gesagt haben. Denn sie arbeiteten für die Praxis und trugen das Recht vor, wie es zu ihrer Zeit galt, und das war doch oft ganz wesentlich verschieden von demjenigen, das in den Edikten, Gesetzen usw. enthalten war. Sehen wir näher zu, so finden wir, daß Gaius nicht sagt, der von ihm vorgetragene Rechtssatz sei schon in den Zwölftafeln enthalten; er spricht im tempus praesens und will das geltende Recht mitteilen, und dieses Recht kann und wird sicher von demjenigen, das sechs Jahrhunderte früher, unter Voraussetzung gänzlich verschiedener Verhältnisse, auch eines ganz anders gestalteten Verfahrens galt, völlig verschieden gewesen sein. —

So ist das Material beschaffen, auf dem sich die herrschende Auffassung vom vindex im Falle der in ius vocatio aufbaut:

1. ein Zwölftafelsatz, in dem von einem vindex die Rede, dessen Zusammenhang mit in ius vocatio durch nichts

erwiesen, auch, wie ich glaube, von mir widerlegt ist, und in welchem von dem vindex Eigenschaften gefordert werden, die mit den Eigenschaften, die für einen Bürgen in Betracht kommen können, nicht das geringste zu tun haben;

2. eine Mitteilung von Gaius, in der er, also um sechs Jahrhunderte nach der Zeit der Dezemvirn, berichtet, daß, wenn der in ius vocatus nicht folgt und auch keinen 'vindex' bestellt, eine actio in factum gegen ihn stattfinde;

3. ein ungefähr vier Jahrhunderte nach der Zwölftafelgesetzgebung für das cisalpinische Gallien ergangenes römisches Gesetz, in dem ein Vadimoniumsbürge vindex genannt ist, und von diesem die Eigenschaft eines locuples erheischt wird;

4. eine Äußerung von Gaius aus seinem Zwölftafelkommentar, in der er sagt, der in ius vocatus sei vom Kläger zu entlassen, wenn jemand, — der hier aber nicht vindex genannt ist —, ihn verteidigt ('defendet').

Aus diesem Material hat man nicht nur geschlossen, zur Zeit der Zwölftafeln habe sich der in ius vocatus durch einen dem vindex der manus iniectio iudicati wesensgleichen vindex aus der Hand des Klägers befreien können; man hat auch die weitgehendsten Folgerungen in betreff der Art, wie unter der Herrschaft des Formularprozesses der in ius vocatus sich der Verpflichtung zu sofortiger Folge vor Gericht habe befreien und allein habe befreien können, gezogen; ja Lenel hat sich für befugt gehalten, unter Annahme von Interpolationen in einer großen Zahl von Pandektenstellen den 'vindex' zu restituieren.

II.

Der vindex in der lex Rubria und bei Gaius. Vindex = Bürge.

Um nun, soweit es bei der zerklüfteten Gestalt unserer Quellen möglich ist, zunächst über den Charakter des vindex in der lex Rubria und bei Gaius IV, 46 Klarheit zu erlangen, müssen wir aus den oben angegebenen Gründen den vindex der beiden Stellen zuvörderst getrennt ins Auge fassen.

1. Nach der lex Rubria soll der Magistrat, wenn der Verklagte nicht dem Dekret gemäß das vadimonium bestellt, oder einen vindex locuples gibt, natürlich nur auf Antrag des Klägers, ein Rekuperatorengericht einsetzen. Um zu ermitteln, um was es sich in dem iudicium vor den Rekuperatoren gehandelt haben möge, wird zunächst zu untersuchen sein, welchen Inhalt das Dekret hatte, und in welchem Verhältnis die Unterlassung der Bestellung des vindex zu ihm stand. Aus den Worten des Gesetzes, das hier wahrscheinlich allgemein bekannte Bestimmungen des prätorischen Edikts voraussetzt, ist darüber nichts Bestimmtes zu entnehmen, vielmehr passen die Gesetzesworte zu einem dreifach verschiedenen Dekretinhalt.

a) Das Dekret kann dem Verklagten auferlegt haben, das vadimonium zu leisten und einen vindex zu bestellen;

b) es kann ihm vadimonium und Bestellung eines vindex alternativ auferlegt haben;

c) es kann ihm nur das vadimonium auferlegt und unterstellt haben, daß von Gesetzeswegen schon, auch ohne einen im Dekret hierüber gemachten Vorbehalt, der Verklagte die alternative facultas habe, statt des vadimonium einen vindex zu bestellen.

An die vierte Möglichkeit einer facultas alternativa in umgekehrtem Sinne wird nicht gedacht werden können, da das Dekret oder das Gesetz schwerlich dem Verklagten gestattet haben konnte, sich von der Verpflichtung zu einer weitergehenden Leistung durch eine geringere zu befreien.

Gegenüber jener dreifachen Möglichkeit besteht eine dreifache Möglichkeit der Nichterfüllung des Dekrets und der Verwirkung der an den Ungehorsam geknüpften Rechtsfolgen.

a) Der Verklagte bestellt weder das vadimonium noch den vindex locuples;

b) er bestellt das vadimonium, aber nicht den vindex locuples;

c) er bestellt nicht das vadimonium, wohl aber einen vindex locuples.

Je nachdem wir die eine oder die andere Bedeutung des Dekrets als die ihm zukommende annehmen, würden diese verschiedenen Ungehorsamsfälle, je nachdem sie auf ein Dekret des einen oder andern Inhalts bezogen werden, unter mehrfachen Voraussetzungen die im Gesetze angeordnete Rechtsfolge, das iudicium gegen den Verklagten, herbeiführen. Dem Dekret a) würde nicht genügt sein, wenn er nur die eine oder andere, oder keine der beiden Auflagen erfüllt hat; dem Dekret b) würde nur genügt sein, wenn er die eine der beiden Auflagen erfüllt; und dasselbe würde von dem Dekret c) gelten. Denn für jeden dieser Fälle würde die negativ-alternative Fassung des Gesetzes 'si vadimonium — — non promiserit aut vindicem locupletem non dederit' zutreffen.

Fragen wir nun, welche dieser verschiedenen Möglichkeiten der Wirklichkeit entsprochen haben werde, so läßt sich allerdings nicht eine apodiktisch bestimmte, aber doch eine Meinung von großer Wahrscheinlichkeit aussprechen. Wenngleich nämlich der vindex der Zwölftafeln aus den oben angeführten Gründen hier unmöglich in Frage stehen kann, so wird man doch annehmen dürfen, daß das hier gebrauchte Wort 'vindex' hier eine Bedeutung habe, die in irgend einer Weise von der ursprünglichen Bedeutung des vindex, wie sie sich in den Zwölftafeln findet, abgeleitet war, indem ein diesem eignendes Merkmal, trotzdem die übrigen ihre Bedeutung im Laufe der Zeit eingebüßt haben, veranlaßte, gewisse Personen, denen jenes noch zu Cäsars Zeiten zukam, noch immer vindices zu nennen. Da das Auskaufen des Schuldners aus der Hand des Gläubigers für den Betrag seiner Schuld seit der lex Poetelia, wenigstens unter der Autorität des Magistrats[1]), nicht mehr vorkommen konnte, so bleibt als das einzige Merkmal, das zur Bildung eines mit diesem Worte verbundenen Begriffes führen konnte, das, daß der vindex jemanden von einer ihm drohenden Gefahr rettet. Nur dieses Moment kann daher dem Begriff des vindex in der lex Rubria zu grunde gelegen haben. Aber das Wort muß hier natürlich verstanden werden in

[1]) Vgl. mein Altrömisches Schuldrecht und Schuldverfahren § 18.

der besonderen Beziehung auf die Gefahr, vor der der den vindex Bestellende geschützt werden soll. Berücksichtigen wir nun den Zusammenhang, in den dieser vindex der lex Rubria mit dem vadimonium gesetzt erscheint, so erinnern wir uns sofort der Bestimmung des Edikts, daß der zur Leistung eines vadimonium Verpflichtete in gewissen Fällen es 'cum satisdatione' zu bestellen hat[1]), und daß nach der lex Rubria selbst derjenige, der das ihm auferlegte vadimonium und den vindex nicht bestellte, der Gefahr einer Strafklage vor Rekuperatoren ausgesetzt ist. Wir dürfen deshalb als sicher annehmen, daß das Gesetz hier ein mit satisdatio, d. h. Bürgenbestellung verbundenes vadimonium auch hier voraussetze, und daß als vindex in der lex Rubria hier der Vadimoniumsbürge bezeichnet sei, — nicht als ob 'vindex' hier gleichbedeutend mit „Vadimoniumsbürge" wäre, sondern weil er durch die Übernahme der Bürgschaft den Schuldner vor der ihm von der Unterlassung der auferlegten satisdatio drohenden Gefahr behütet.

Dieselbe Anschauungsweise liegt auch offenbar dem Gebrauch des Wortes 'vindex' in der lex Coloniae Genet. Iuliae LXI zu grunde. Der Verurteilte, gegen den manus iniectio iudicati iure (d. h. pro iudicato) geübt ist, kann sich aus der Haft durch Bestellung eines 'vindex locuples' befreien. Das ist sicher nicht mehr der vindex der Zwölftafeln, da die alte Schuldknechtschaft zu jener Zeit längst nicht mehr bestand und auch in einer römischen Kolonie zu Cäsars Zeit gewiß nicht eingeführt worden ist. Es handelt sich in dem Gesetze nur um exekutive Schuldhaft. Der vindex kann daher hier nicht mehr jemanden bedeuten, der den Verurteilten auskauft, sondern nur jemanden, der ihn aus seiner prekären Lage befreit, indem er ihn vor der

---

[1]) Gaius IV, 185: 'Fiunt autem vadimonia quibusdam ex causis pura, id est sine satisdatione, quibusdam cum satisdatione, quibusdam iureiurando, quibusdam recuperatoribus suppositis — — — —.' — [2]) '[Cui quis ita ma]num inicere iussus erit iudicati iure, manus iniectio esto itque ei s(ine) f(raude) s(ua) facere liceto. Vindex arbitratu quive i(ure) d(icundo) p(raeerit) locuples esto. Ni vindicem dabit iudicatumve faciet, secum ducito. Iure civili vinctum habeto — — — —' (Bruns, Fontes p. 123).

Gefahr der Fortsetzung der Schuldhaft beschützt.[1]) Da er ein 'locuples' sein soll, so kann er nur ein Bürge sein. Auch hier also bezeichnet der vindex nicht eine spezielle Art von Bürgen, nicht den Bürgen, der einen andern aus der Schuldhaft befreit, sondern einen Bürgen überhaupt, und auch hier erklärt sich die Bezeichnung als vindex dadurch, daß er eben durch die Leistung der Bürgschaft, wie der Vadimoniumsbürge, wie andererseits auch schon der Zwölftafelvindex durch den Auskauf des Schuldners, diesen aus einer bösen Situation rettet.

Wir können diesen Stellen also entnehmen: in cäsarischer Zeit hatte das Wort 'vindex', das seine alte spezifische Bedeutung in den Zwölftafeln im Gebrauch längst abgestreift hatte, die allgemeine Bedeutung eines Retters, Beschützers, Verteidigers, in der es auch von Cicero[2]) ebenso wie von Schriftstellern der Kaiserzeit[3]) gebraucht wird, angenommen, während infolge einer andern Ideenassoziation das Wort 'vindicare', die ursprüngliche technische Bezeichnung einer dem alten Eigentumsprozeß eigentümlichen Zeremonie, später zu der allgemeinen Bedeutung: „etwas für sich in Anspruch nehmen", „sich etwas zuschreiben", gelangt ist.[4]) Aber wo das Wort 'vindex' in Gesetzen und im juristischen Sprachgebrauch auftritt, bezeichnet es eine Person, die durch eine von ihr geleistete Bürgschaft einen andern vor einer Gefahr schützt, d. h. also, da der Bürge in gewissem Sinne das

---

[1]) Über die mögliche Veranlassung zur Bestellung einer solchen Bürgschaft habe ich an anderer Stelle gehandelt (vgl. mein Altrömisches Schuldrecht § 19. — [2]) cf. ad Att. II, 1, 11: nisi quod me, illum ipsum vindicem aeris alieni, aere non Corinthio, sed hoc circumforaneo obruerunt (vgl. dazu die Erläuterung bei Forcellini s. v. 'vindex'). — [3]) Ovid. Met. IX, 241 'timuere dei pro vindice terrae' (sc. Herculem). Horat. Ars poet. 191: 'nec deus intersit, nisi dignus vindice modus inciderit'. Fernere Belege bei Forcellini s. v. 'vindex'. — [4]) Bekanntlich wird 'vindicare' vielfach in der Bedeutung von „verteidigen", „erretten" gebraucht. Infolge weiterer Übertragung hat es dann auch die Bedeutung „ahnden", „strafen", „rächen" angenommen. Vgl. Cicero de invent. 2, 22: 'vindicatio est per quam vim et contumeliam defendendo aut ulciscendo propulsamus a nobis et ceteris — — et per quam peccata punimus.' Vgl. auch meine Abh. 'Redintegratae rei vindicatio' in Jherings Jahrb. XXV S. 388 ff.

immer tut (z. B. vor der Gefahr der Nichterlangung eines Kredits, der Gefahr der Kündigung eines genossenen Kredits), einen Bürgen schlechthin.

Fragen wir nun, absehend zunächst von dem, was wir aus der lex Rubria und der lex Col. Gen. Iuliae bisher über die Bedeutung des Wortes 'vindex' ermittelt haben, nach der Bedeutung des vindex bei Gaius IV, 46, so ist nochmals zu betonen, daß dem von ihm hier genannten vindex allerdings eine andere Funktion zukommt als dem der lex Rubria. Bei Gaius handelt es sich nicht wie in dieser um einen vocatus, der dem Kläger in ius gefolgt ist, sondern um einen solchen, der als ihr nicht folgend vorausgesetzt wird, und um die Frage, wie er sich von seiner Verpflichtung befreien könne.

In gewisser Beziehung könnte man, selbst wenn man davon absieht, daß bei beiden der Zweck besteht, die Herbeiführung einer gerichtlichen Entscheidung zu sichern, — hier durch Herstellung der Möglichkeit, das Verfahren in Gang zu bringen, dort dem begonnenen den Fortgang zu sichern, — allerdings eine gewisse Verwandtschaft zwischen dem vindex der lex Rubria und des Gaius annehmen. In dem Verfahren vor dem Munizipalmagistrat hatte es, trotzdem der Verklagte vor Gericht erschienen war, zur Einleitung des Verfahrens wegen der Inkompetenz des Gerichts noch nicht kommen können; und wenn man unter 'in ius vocatio' Ladung vor ein zuständiges Gericht versteht, so war in einem solchen Falle die in ius vocatio vor den Stadtmagistrat noch nicht in ius vocatio im eigentlichen Sinne, da sie noch nicht zur ordinatio iudicii, sondern höchstens zur Vorbereitung eines hierzu geeigneten Verfahrens vor dem kompetenten Magistrat in Rom führen konnte. Man könnte demnach das Verfahren vor dem Munizipalmagistrat als eine Art von Fortsetzung der in ius vocatio bezeichnen und den, der die Bestellung des vadimonium oder eines vindex locuples verweigert, demjenigen gleichstellen, der der in ius vocatio nicht folgt und die Bestellung eines vindex im Sinne von Gaius IV, 46 verweigert.

Und auch sonst kann man nicht leugnen, daß der vindex bei der eigentlichen in ius vocatio und der Vadimoniums-

bürge, wenn man die beiden vorhin bezeichneten Zwecke vergleicht, nicht gar so weit voneinander abstehen, wie die jetzt herrschende Meinung es annimmt. Und nicht bloß dem Zwecke nach! Aber es soll doch immerhin zunächst nicht geleugnet werden, daß vielleicht der vindex zur Befreiung von der in ius vocatio ganz anders könnte behandelt worden sein, als der Vadimoniumsbürge.

Also nochmals: wie steht es mit dem vindex bei Gaius?

Gaius spricht noch an einer andern Stelle, der oben erwähnten und besprochenen aus seinem Zwölftafelkommentar, von der in ius vocatio und den Mitteln, sich ihr zu entziehen; und diese Stelle besagt genau das nämliche wie IV, 46, nur indem in einem Punkte die Sache von der Kehrseite aus betrachtet und ausgedrückt wird. In dem Zwölftafelkommentar sagt Gaius, der vocatus sei freizugeben, 'si quis eum defendet'; in IV, 46 bezeichnet er die Rechtsfolge, die eintritt, wenn er keinen vindex bestellt. 'Defendere' heißt nun „verteidigen", „beschützen", wobei wir, wenn das, wogegen die Verteidigung sich richtet, nicht angedeutet ist, dieses stets als ein Übel, eine Unannehmlichkeit, eine Gefahr irgendwelcher Art zu denken haben. Daß nun 'vindex' schon lange vor Gaius noch im allgemeinen Gebrauch einen „Beschützer", „Verteidiger", „Retter" bedeutete, ist schon oben bemerkt worden. Die üble Lage, aus der befreit zu werden dem in ius vocatus unter Umständen wünschenswert sein muß, besteht in der Notwendigkeit, vielleicht zu einer ihm höchst ungelegenen Zeit vor Gericht gehen zu müssen; und vor den Gefahren und Nachteilen, die ihn bei einer sofortigen Folge zum Gericht, andererseits aber auch von der Nichtbefolgung der vocatio her treffen würden, ihn zu schützen, das ist der Zweck des Eintretens des vindex. Wissen wir nun aber, daß dieser Schutz dem vocatus nur durch eine, dahingestellt zunächst, wie und wo von dem Beschützer abgegebene Erklärung bewirkt wird, durch die dieser selbst eine Verpflichtung auf sich lädt, eine Verpflichtung also, der er lediglich im Interesse eines anderen, des vocatus, ausgesetzt wird, und erinnern wir uns, daß schon in der lex Col. Gen. Iuliae und in der lex Rubria das Wort vindex die spezielle Bedeutung von „Bürge" angenommen hatte, so

können wir nicht anders, als auch bei Gaius IV, 46 dem Worte 'vindex' diese Bedeutung beilegen. Was Gaius also in l. 22 cit. allgemein als 'defendere' bezeichnet, das belegt er in IV, 46 mit einem Ausdrucke, der gleichfalls im allgemeinen Sprachgebrauch nichts anderes als einen 'defensor', Verteidiger bezeichnet, in juristischen Verhältnissen angewendet aber in der Regel auf einen Bürgen bezogen wird. Es steht mit dem Worte 'vindex' genau ebenso wie mit unserm Worte „Verteidiger", das im allgemeinen Sprachgebrauch jeden bezeichnet, der einen andern gegen eine Gefahr, ein ihm drohendes Übel oder gegen die Fortdauer oder Vergrößerung eines bereits vorhandenen schützt, im Zusammenhange aber mit Strafsachen regelmäßig auf einen Rechtsanwalt bezogen wird, weil in der Regel nur ein solcher — als Verteidiger gegen die Gefahr einer Verurteilung — vor Gericht aufzutreten pflegt oder zugelassen wird. —

Unser bisheriges Ergebnis ist also, daß 'vindex' zu Cäsars Zeit, aber auch noch in der Zeit des Gaius, eine Bezeichnung für einen Bürgen ist, aber nicht eines Bürgen von ganz besonderer Art und mit besonderen Funktionen, sondern eines Bürgen schlechthin, mag er für einen verhafteten Schuldner eintreten, um ihn aus der Haft freizumachen, oder um einem zum vadimonium cum satisdatione Verpflichteten die Erfüllung seiner Satisdationspflicht zu ermöglichen, oder um es einem in ius vocatus zu ersparen, sich sofort mit dem Kläger zur Gerichtsstätte zu verfügen, oder in irgend welchen anderen, in den uns erhaltenen Quellen zufällig nur nicht vorkommenden Angelegenheiten für einen andern schützend einzutreten.

Von irgend einer spezifischen Natur des 'vindex' in der Zeit nach den Zwölftafeln bis auf Gaius ist uns nicht die geringste Spur begegnet. Auch zu der Annahme, der vindex könnte darin besonders charakterisiert gewesen sein, daß die Form der Übernahme der Bürgschaft für ihn eine ganz besondere gewesen wäre, findet sich keinerlei Anhalt. Der vindex in der lex Rubria und in der lex Col. Gen. Iuliae wird die Bürgschaft in der regelmäßigen Form, der Sti-

pulationsform, geleistet haben, und etwas anderes wird man daher auch für den vindex des in ius vocatus nicht annehmen dürfen.

III.

Die von Lenel behaupteten Interpolationen.

Wenn nun Lenel sich für befugt erachtet hat, in zahlreichen Stellen der Digesten für den in diesen genannten 'fideiussor qui sistere promisit' u. ä. überall seinen 'vindex' einzufügen, so fehlt es für dieses Verfahren an jeder Berechtigung. Ich glaube allerdings, daß, wie später gezeigt werden soll, die römischen Juristen in diesem Zusammenhange nicht von einem 'fideiussor' gesprochen haben werden, sondern eine andere Bezeichnung für den Bürgen des in ius vocatus gebraucht haben müssen; weshalb sie aber gerade ihn als vindex bezeichnet haben sollten, das ist in keiner Weise einzusehen. Nachdem wir gesehen, daß 'vindex' nur ganz allgemein einen Bürgen bedeutet, der weder hinsichtlich der Form der Übernahme der Bürgschaft, noch hinsichtlich des Inhalts seiner Verpflichtung, noch durch ein sonstiges spezifisches Merkmal vor andern Bürgen ausgezeichnet ist, so liegt für uns keinerlei Grund, hier an eine Interpolation zu denken, vor. Weil der Bürge einmal in der lex Rubria und einmal in der lex Col. Gen. Iuliae vindex genannt wird, und weil Gaius einmal den Bürgen des in ius vocatus einen vindex nennt, sollten nun die römischen Juristen den letzteren und nur ihn allein immer nur vindex genannt haben? Lenel sieht nun allerdings in der Stelle des Gaius IV, 46 einen Beweis dafür, daß im Edikt gerade im Zusammenhang mit der in ius vocatio der für den vocatus Eintretende 'vindex' genannt worden sei. Aber was würde das verschlagen? Wir könnten dann eben auch nur sagen, daß der Gebrauch von 'vindex' für einen Bürgen auch für das Edikt nachgewiesen wäre; aber weiter auch nichts. Aber auch das ist nicht einmal erwiesen. Mußte denn Gaius, wenn er den Inhalt einer Formel referierte, in seinem Berichte genau die Formelworte benutzen? Könnte man nicht fast mit demselben Rechte behaupten, in den Digesten habe statt 'fideiussor qui sistere promisit' überall 'qui

defendit' oder 'defendere promisit' gestanden? Und müßte man dann nicht wegen des vindex in der lex Rubria überall auch, wo die klassischen Juristen den Vadimoniumsbürgen erwähnt haben, an die Stelle der auf ihn hindeutenden Ausdrücke Justinians gleichfalls den vindex einsetzen, womit freilich dann der von Lenel so stark betonte Unterschied zwischen seinem vindex und dem Vadimoniumsbürgen vollständig verwischt sein würde? —

Aber, um noch einen Augenblick bei den von Lenel diagnostizierten Interpolationen zu verweilen: was hätte denn eigentlich die Kompilatoren zu diesen Interpolationen veranlassen sollen? Wenn die römischen Klassiker wirklich etwa mit Vorliebe gerade den Bürgen des in ius vocatus 'vindex' genannt hätten, so wäre der Spätzeit, die doch nur noch von den Schätzen der klassischen Jurisprudenz zehrte, die Kenntnis dieser Bedeutung des vindex schwerlich abhanden gekommen, und sie hätte keinen Grund gehabt, diesen Ausdruck zu tilgen und durch einen viel umständlicheren zu ersetzen. Im Gegenteil, sie würde vielleicht es für zweckmäßig befunden haben, auch auf den Vadimoniumsbürgen in den Stellen, die sich ursprünglich auf ihn bezogen, diesen Ausdruck auszudehnen, statt ihn durch das ganz farblose Wort 'fideiussor' zu ersetzen. Sie hätte dann einen kurzen, prägnanten Ausdruck für denjenigen gewonnen, der sich für das Erscheinen des Verklagten vor Gericht, sei es zum Zwecke der Einleitung des Prozesses, sei es zur Fortsetzung der Verhandlung in dem späteren Termin zu sorgen, irgendwie anheischig gemacht hat. Wäre aber vollends, wie Lenel behauptet, für das Eintreten seines vindex eine besondere Form, insbesondere Stipulationsform, nicht erforderlich gewesen, so wäre die Einsetzung des 'fideiussor' für den vindex erst recht nicht glaublich. Das hätte zu dem Geiste der späteren, insbesondere der justinianischen, gerade auf möglichste Abschneidung aller Formalitäten bedachten Gesetzgebung sehr wenig gestimmt. Viel eher hätte man eine Rechtsentwicklung und eine Revision der benutzten Exzerpte in umgekehrtem Sinne erwarten müssen. Für die Annahme der behaupteten Interpolationen ist uns Lenel die Begründung vollkommen schuldig geblieben. Wir sollen uns damit be-

gnügen, daß Gaius den für einen in ius vocatus Eintretenden einmal einen vindex genannt hat, und daß Lenel sich einmal die Meinung gebildet hat, dieser vindex stehe mit dem vindex der Zwölftafeln in Zusammenhang und sei ein Mann von ganz besonderer Art. Nur diese Voreingenommenheit vermag die Zuversichtlichkeit zu erklären, mit der er, wie vor zwanzig Jahren, so auch jetzt wiederum in der französischen Ausgabe seines 'Edictum perpetuum' (S. 75) behauptet, „die grobe Interpolation lasse sich fast mathematisch nachweisen". Ich möchte vielmehr glauben, daß selten ein so anspruchsvolles und dabei so zweckloses Gebäude auf ein weniger tragfähiges Fundament gestellt worden ist, wobei nur schwer begreiflich ist, daß es so lange hat als solide gelten und seine Baufälligkeit verbergen können.

Daß Interpolationen allerdings in den Stellen, die sich auf den für den in ius vocatus Eintretenden, wie auch in denen, die sich auf den Vadimoniumsbürgen beziehen, vielfach stattgefunden haben, läßt sich nicht leugnen. Aber sie liegen, wie ich später dartun werde, auf einem anderen Gebiete, und sie lassen sich wirklich beweisen.

Den vindex werden wir also in jedem Falle aus den von Lenel restituierten Stellen wieder zu tilgen haben.[1])

IV.

Kritik der herrschenden Lehre vom vindex des in ius vocatus.

Es ist nun aber an der Zeit, die Gestalt selbst, die der vindex in Lenels, der herrschenden Anschauung hier ja wesentlich zu grunde liegender Darstellung angenommen hat, näher zu beleuchten.

---

[1]) Bedauerlicherweise hat der Glaube an den 'vindex' der klassischen Juristen seinen Schatten auch in das Vocabularium iurispr. Rom. geworfen, wo in dem Artikel 'caveo' p. 642 B. 1 zu der Rubr. II, 6 in Parenthese bemerkt ist: 'fuit in edicto: ut eant aut vindicem dent'. Solche Angaben scheinen mir, mindestens ohne ein beigefügtes Fragezeichen, bei einem lexikographischen Werke, das nur den sicheren Tatbestand der Quellen geben soll und will, höchst gewagt; 'rarum est enim, ut subverti non possit'.



Lenel hat in neuerer Zeit die früher über die Natur des Eingreifens des 'vindex' und über seine Bedeutung geäußerte Meinung in einem wesentlichen Punkte geändert, ohne indes von der Ansicht, der vindex sei ein Gewächs von ganz besonderer Art, abzulassen. Es ist indes nicht ohne Interesse, auch seine frühere Auffassung hier mit ins Auge zu fassen.

In seinem 'Edictum perpetuum' (S. 54) hatte er behauptet, der vindex habe an Stelle des Geladenen dem Kläger in ius folgen und dort ursprünglich „in feierlicher Form in die Hand des Prätors die künftige Gestellung des Bürgen versprechen müssen“. „Die spätere Zeit ließ die feierliche Form fallen und gestattete weiter, daß das Exhibitionsversprechen statt dem Prätor selbst einem Offizial desselben geleistet oder einem seiner scribae zu Protokoll gegeben wurde. Dies ist der vindex des prätorischen Edikts, der also keineswegs als ein sponsor oder 'fideiussor qui vocatum sisti promittit' gedacht werden darf.“

Infolge der von J. C. Naber[1]) gegen seine Auffassung erhobenen Einwendungen hat Lenel in der französischen Ausgabe seines 'Edictum perpetuum' (1901) in diesem Punkte seine frühere Ansicht modifiziert und denkt sich den Eintritt und die Stellung des vindex jetzt folgendermaßen. Ich gebe seine neuerliche Ansicht im engsten Anschluß an den französischen Text wieder:

Der vindex tritt der an den vocatus gerichteten Aufforderung des Klägers, ihm zu Gericht zu folgen, entgegen, und begibt sich an seiner Stelle selbst mit dem Kläger vor den Prätor. Hier konnte er — wenn er wollte — das vadimonium für künftiges Erscheinen des zu Belangenden stellen und war damit von jeder anderen Verpflichtung frei. Durch das vadimonium war der Kläger gedeckt. Verweigerte es aber der vindex, oder konnte er sich mit dem Kläger über den Inhalt des vadimonium nicht einigen, dann befand sich der Kläger, kam ihm der Prätor nicht zu Hilfe, in einer üblen Lage. Denn er hatte den vocatus loslassen müssen und hatte gegen den vindex keine actio civilis; das ius civile

---

[1]) Mnemosyne, Bibl. phil. Bat. N. S. XXI p. 371 sq. De vindicibus et defensoribus.

— meint allerdings Lenel[1]) — würde ihm in diesem Falle gestattet haben, sich der Person des vindex zu bemächtigen; — auf Grund welches Titels, auf welche Weise, zu welchem Zwecke, darüber spricht er sich nicht aus. Jetzt legt sich nun der Prätor ins Mittel. Er befiehlt dem vindex, den reus zu einem bestimmten Termin vor Gericht zu stellen. Im Unterlassungsfalle gibt er dem Kläger eine actio in factum. Der vindex darf also nicht als ein sponsor oder 'fideiussor, qui vocatum sisti promisit' aufgefaßt werden. Die Eigenschaft eines vindex erlangt er allein dadurch, daß er der Durchführung der in ius vocatio ein Hindernis bereitet, und diese Eigenschaft behält er selbst dann, wenn er sich nachher weigert, das vadimonium zu bestellen. —

Ich will bei diesem Teile seiner Darstellung zunächst verweilen, ehe ich auf die weitere Charakterisierung, die Lenel durch Hervorhebung der angeblichen Unterschiede vom Vadimoniumsbürgen gibt, näher eingehe.

Zunächst ist es auffällig, daß nach Lenel der Begriff seines vindex darin beschlossen sein soll, daß jemand sich — mit Recht oder Unrecht — dem Kläger bei der in ius vocatio in den Weg stellt und ihm ein Hindernis bereitet. Demnach würde also vindex auch ein jeder sein, der irgend ein Verhalten beobachtet, das der Prätor in der Ediktsklausel 'ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat'[2]) ausdrücklich verboten hat, und das dem Hindernden eine Strafklage auf das vom Kläger selbst zu schätzende 'quanti ea res est' zuzieht.[3]) Auf der einen Seite also hätte der Prätor dem vocatus in der Bestellung eines 'vindex' den einzigen Weg gewiesen, auf dem er sich von der Folgepflicht

[1]) Edikt, franz. Ausg. p. 75 not. 1. — [2]) Vgl. die Titelüberschrift Dig. II, 7 und Paulus lib. IV ad ed. l. 4 pr. h. t.: 'sed eximendi verbum generale est, ut Pomponius ait. eripere enim est de manibus auferre per raptum: eximere quoquo modo auferre. ut puta si quis — — — moram fecerit quo minus in ius veniret, ut actionis dies exiret vel res tempore amitteretur: videbitur exemisse, quamvis corpus non exemerit. — [3]) l. 5 § 1 ne quis eum. 4, 7. Ulpian lib. V ad edict. 'In eum autem, qui vi exemit, in factum iudicium datur: quo non id continetur quod in veritate est, sed quanti ea res est ab actore aestimata, de qua controversia est.

befreien konnte, auf der andern Seite den, der ihm die Beschreitung dieses Weges zu ermöglichen bereit war, mit Strafe bedroht. Er hätte also selbst den vocatus gewissermaßen dazu angestiftet, einen andern zu einer von ihm selbst verpönten Handlungsweise anzustiften. Man darf nicht entgegnen, vindex sei ja doch nur derjenige, der im Einverständnis mit dem Kläger ihn davon abhält, auf seiner in ius vocatio weiter zu bestehen. Denn wie wollte man es demjenigen, der nur durch Zureden und durch die Zusage, er werde vor dem Prätor das vadimonium bestellen, ihn veranlaßt hat, den vocatus loszulassen, hinterher das vadimonium dennoch nicht leistet, beweisen, daß er von Anfang an schon den Hintergedanken gehabt habe, das vadimonium zu verweigern?

Wenn der vindex zum vindex dadurch wird, daß er dem Kläger bei der Durchführung der begonnenen in ius vocatio ein Hindernis in den Weg legt, so hätte auch, sollte man denken, die Strafklage auf Grund des erwähnten Edikts 'ne quis eum, qui in ius vocabitur, vi eximat' vollkommen genügt; wozu bedurfte es dann noch der doch nach Lenel gerade auf seinen vindex berechneten besonderen actio in factum auf Grund des in l. 2 § 5 qui satisd. cog. 2, 8 angedeuteten Edikts, in dem Lenel selbst dem 'fideiussor, qui etc.' den 'vindex' substituiert hat?[1]) —

Aber lassen wir das alles einmal dahingestellt, und prüfen wir, wie dieser vindex von Lenel im römischen Rechtsleben praktisch funktioniert haben würde. Da alle Rechtseinrichtungen gewissen Lebenszwecken zu dienen bestimmt sind, so wird man, wenn man sich über das uns nicht oder nicht genau bekannte Wesen einer solchen Klarheit verschaffen will, immer gut tun, nach ihrem Zweck zu fragen und zu prüfen, ob bei der Gestalt, die man dem dem Zwecke dienenden Mittel zuschreibt, es jenen zu erfüllen geeignet gewesen sei; und dabei werden wir voraussetzen müssen, daß diejenigen, die jene Einrichtung geschaffen oder für sich angewendet haben, dabei sowohl vernünftige Zwecke im Auge gehabt, als auch einigermaßen

---

[1]) Vgl. Edikt S. 57, französ. Ausg. p. 80.

taugliche und nicht völlig verkehrte Mittel verwendet haben werden. Vor allem werden wir von dieser Voraussetzung bei der Erforschung eines Instituts der in so eminentem Maße praktisch begabten Römer ausgehen müssen.

Wenn jemand, von einem andern aufgefordert, mit ihm zur Verhandlung eines Rechtsstreits zum Gericht zu gehen, sich — abgesehen von dem Falle, daß er sich etwa durch die Flucht dem Anspruche zu entziehen vorhat — von der Pflicht, ihm jetzt zu folgen, zu befreien den Wunsch hat, so wird er immer einen guten Grund dazu haben. Gewisse dringende Fälle der Verhinderung sind allerdings schon im Edikte unmittelbar berücksichtigt[1]); für den Fall ihres Vorliegens ist eine in ius vocatio nicht gestattet, und darf der vocatus die Folge ohne weiteres verweigern, selbstverständlich unter Vorbehalt der Möglichkeit eines in dem in Gaius IV, 46 bezeichneten iudicium auszutragenden Streites, ob der vorgegebene Entschuldigungsgrund tatsächlich begründet gewesen. Aber es können hunderterlei Lagen eintreten, in denen die Notwendigkeit, einer in ius vocatio zu folgen, dem vocatus recht unbequem oder nachteilig werden kann. Er ist im Begriffe, eine dringende und wichtige Reise anzutreten, mit unaufschiebbarer Erntearbeit beschäftigt, er kann einen schwerkranken Angehörigen nicht ohne Gefahr für diesen verlassen, er möchte gerade der Einladung zu einem Feste Folge leisten usw. Ein Aufschub ist ihm in

---

[1]) l. 2 de in ius voc. 2, 4. Ulpian lib. V ad ed.: In ius vocari non oportet neque consulem — — neque ceteros magistratus — — nec pontificem dum sacra facit: nec eos qui propter loci religionem inde se movere non possunt: sed nec eum qui equo publico in causa publica transvehatur. praeterea in ius vocari non debet qui uxorem ducat aut eam quae nubat: nec iudicem dum de re cognoscit: nec eum dum quis apud praetorem causam agit: neque funus ducentem familiarem iustave mortuo facientem. l. 3 eod. (Callistr.): vel qui cadaver prosequuntur — —. l. 4 eod. Krankheit ist unter diesen Gründen nicht erwähnt. Nach den Zwölftafeln I, 3 entbindet sie nicht von der Folgepflicht, jedenfalls nicht einfache Krankheit. Die Exkusation wegen 'morbus sonticus' (Tab. II, 2) (vgl. oben S. 281 Anm. 1) ist wohl nur auf die Versäumung eines Termins in bereits schwebendem Prozesse zu beziehen. L. 60 de re iud. 42, 1 bezieht sich nur auf den Termin, in dem das Urteil verkündigt worden ist.

hohem Grade erwünscht. Aber in diesen, im Edikt nicht vorgesehenen Fällen entbindet dieses ihn nicht ohne weiteres von der Pflicht, den Gang zum Gericht mit dem Kläger zu machen. Mit Recht: der Kläger braucht nicht ohne weiteres sein Interesse an baldiger Erledigung seines Anspruchs hinter die vielleicht minder wichtigen Interessen des zu Belangenden zurücktreten zu lassen. Und wenn er vielleicht geneigt wäre, einen Aufschub zu bewilligen, wer bürgte ihm in allen Fällen dafür, daß die zur Begründung der Bitte um Aufschub angeführten Gründe nicht nur zum Zwecke der Verschleppung vorgeschützt sind? Es ist also nicht mehr denn recht und billig, daß, wenn dem vocatus einerseits das Recht gegeben wird, ohne Nachweis eines triftigen Entscheidungsgrundes Aufschub zu fordern, dem Kläger auf der andern Seite gegen frivole Ausflüchte eine Garantie geschaffen wird, und diese liegt in dem Eintreten eines anderen, — eines nahen Angehörigen, Freundes, Nachbarn, Patrons usw., dem der Kläger versichert, daß der vocatus nichts Böses im Schilde führe, und ein dringender Hinderungsgrund wirklich vorliege. Aber mit bloßen Redensarten dieses Inhalts wird nun der Kläger sich nicht abspeisen lassen, und man kann ihm das auch sicher nicht wohl zumuten. Der für ihn eintritt, — ich will ihn der Kürze halber für die Folge im Hinblick auf Gaius in l. 22 cit. 'defensor vocati' nennen — wird noch mehr tun müssen. Aber was hat er nach römischem Rechte zu tun, um den Kläger völlig zu beruhigen und sicherzustellen, sodaß auch das Recht von ihm billig verlangen kann, den vocatus für jetzt loszulassen?

Lenel, der bis zu diesem Punkte mit mir, wie ich hoffe, einverstanden sein wird, meint nun, der defensor vocati sei der in ius vocatio entgegengetreten, um sie zu hindern. Wollte man sich darunter, wie es sehr viele zu tun scheinen, ein brüskes Eingreifen, das öfter gar etwa mit blutigen Köpfen geendet hätte, denken, so würde man damit die Situation, wie sie in solchen Fällen vorzuliegen pflegte, sicherlich verkennen. Ein Volk, das viele Jahrhunderte lang mit rein privater Ladung zum Gericht auskam, wäre niemals für eine solche Institution reif gewesen, und hätte sie auch

nicht solange ertragen, wären nicht seine Bürger an ein loyales Verhalten dabei von alters her gewöhnt gewesen. Die bekannten turbulenten Szenen, die sich bei Plautus und Terenz bei einer in ius vocatio zu entspinnen pflegen, können unmöglich als Paradigmen für die Art, wie die Dinge sich im wirklichen Leben abzuspielen pflegten, gelten; sie sind nur auf den komischen Effekt berechnet. Die Sache wird sich gewiß in der Regel in den Formen ruhiger Auseinandersetzung abgewickelt haben. Der vocatus brachte seine Bitte um Aufschub vor, unter Darlegung seiner Gründe, und wenn der Kläger an der Redlichkeit seines Gegners nicht zweifelte und nicht gerade ein Krakehler war, so wird er wohl ohne weiteres sich mit dem anderen auf einen andern Tag geeinigt haben. Schöpfte er Verdacht, so wird er eine Garantie verlangt, und der vocatus einen andern, der für ihn eintrat, aus der Nachbarschaft herbeigeholt, oder sich mit dem Kläger zu einem Dritten, von dem er auf Leistung dieses Gefälligkeitsdienstes hoffen konnte, begeben haben. Nach Lenels Meinung mußte nun dieser Dritte an Stelle des vocatus mit dem Kläger zum Gericht gehen.

Schon hier müssen unsere Bedenken anheben. Man muß doch die Menschen, mit denen man bei Rechtseinrichtungen rechnet, nehmen, wie sie in der Wirklichkeit im Durchschnitt zu sein pflegen, nicht als abstrakte Wesen, wie die Punkte, Linien, Flächen es sind, mit denen die reine Mathematik rechnet; man muß sie nehmen als Menschen von Fleisch und Blut, — Bauern, Handwerker, Kaufleute, Soldaten, Beamte usw., die in Stadt und Land, für sich und ihre Familie, für die Gemeinde und den Staat arbeiten und mit allerhand eigenen Verrichtungen beschäftigt zu sein pflegen. Wo findet sich denn nun immer im Augenblick jemand, der Lust hätte, sich auf der Stelle aufzumachen, um für einen andern einen Gang zum Gericht zu machen, einen Weg, der, wenn die in ius vocatio in Rom selbst erfolgte, schon Zeit fordern konnte, erst recht, wenn sie auf dem Lande stattgefunden hatte, und vielleicht ein Weg von einigen Meilen bis zum Comitium in Rom zu machen war und der defensor vocati vielleicht nicht mehr an demselben Tage in sein Haus zurückgelangen konnte; und man denke erst an die Ver-

hältnisse in den Provinzen, wo oft sehr weite und gefahrvolle Reisen zum Gerichtsort nötig waren.[1]) Und wo finden sich denn im Moment stets Leute, die, wenn sie vielleicht auch dem Freunde oder Verwandten die Gefälligkeit gern erweisen würden, imstande sind, ihr Amt, ihr Geschäft, Haus und Hof sofort zu verlassen, um für einen andern zum Prätor zu gehen, vor dessen Tribunal sie vielleicht Stunden verwarten müssen, bis sie vor die Schranken gelassen werden? Dazu bedenke man noch, daß nach Lenels Ansicht wenigstens (vgl. oben S. 299 f.) der Kläger das Recht hat, den vindex, wenn er vor Gericht das vadimonium verweigert, sofort zu ergreifen und einzusperren. Einen so gefährlichen Liebesdienst zu leisten, dafür wird sich ein jeder bedankt haben.

Nun nehmen wir aber an, es hätte sich zufällig ein Freiherr gefunden, der geneigt war, mit dem Kläger zum Gericht zu gehen. Auch der hätte doch nicht vom Flecke weg mit ihm nach Rom ziehen können. Kann doch auch ein Rechtsanwalt selbst für den, der ihn um Vertretung in einem Prozesse ersucht, nicht sofort zum Termin gehen, um für seinen Klienten zu plädieren. Es bedarf doch meist einer, wenn auch für den Anfang nur summarischen Information, die in vielen Fällen auch in Kürze sich nicht sofort beschaffen läßt.

Setzen wir nun weiter den Fall, der defensor vocati sei mit dem Kläger vor den Prätor gelangt. Hier kann er nach Lenel das vadimonium leisten, — wenn er will. Leistet er es, dann ist der Kläger sichergestellt und kann beruhigt heimgehen. Wenn nicht, dann hatte er den einen Sperling, den er in der Hand gehabt, davonfliegen lassen, und der andere sitzt schon auf dem Dache. Der vocatus kann inzwischen, durch die Ladung gewarnt, sich auf und davon gemacht haben. Eine zivile Klage gegen den defensor vocati hat er

[1]) Daß damit auch von den Magistraten in den Edikten gerechnet wurde, ergibt z. B. Gaius lib. I ad edictum prov. l. 1 si quis caut. 2, 11: 'Vicena milia passuum in singulos dies dinumerari praetor iubet praeter eum diem quo cautio promittitur, et in quem sistere in iudicium promisit. nam sane talis itineris dinumeratio neutri litigatorum onerosa est.' Zwanzigtausend 'passus' sind ungefähr = 30 Kilometer.

nicht; auf Grund welches Rechtstitels er, wie Lenel für wahrscheinlich hält, sich der Person des defensor vocati hätte bemächtigen können, ist mir nicht recht klar.[1]) — Nun konnte allerdings den defensor die Weigerung, das vadimonium zu bestellen, teuer zu stehen kommen. Denn nun soll nach Lenel eine actio in factum sich gegen ihn richten, und er hat hier offenbar die actio in factum im Sinn, die er in seinem Edictum perpetuum Tit. V, 2 behandelt und von der Ulpian l. 2 § 5 qui satisd. cog. 2, 8[2]) und Paulus l. 4 eod.[3]) sprechen. Soviel wir aus diesen Stellen entnehmen können, bildet das tatsächliche und rechtliche Fundament dieser actio die Tatsache, daß der Verklagte sich zur Gestellung des vocatus verpflichtet und dieser Verpflichtung nicht genügt hat. Nach Lenel muß sie sich seiner vorhin referierten Auffassung gemäß darauf gründen, daß er als vindex sich der Durchführung der in ius vocatio in den Weg gestellt hat, und das ist mit den von Lenel an beiden Stellen angebrachten Korrekturen allerdings möglich; aber wir haben gesehen, daß diese Korrekturen falsch sind. Es ist indes auch schon oben angedeutet worden, daß von Lenels Standpunkte diese ganze actio überflüssig wäre, da ja der Tatbestand der actio in factum aus der Ediktsklausel: 'ne quis eum qui in ius vocabitur vi eximat'[4]) vollständig erfüllt und dem Kläger durch sie schon sein volles, von ihm selbst festzustellendes Interesse

[1]) Im justinianischen Prozeß kann allerdings der Verklagte, der bei der Insinuation der Klageschrift nicht die schuldige Kaution stellt, verhaftet und während des Prozesses im gerichtlichen Gefängnis behalten werden. Vgl. Bethmann-Hollweg, Röm. Civilprozeß III S. 251 und Anm. 51. Diese Bestimmungen auf das ius civile zurückzubeziehen und auf den vindex, der eigentlich dem Kläger zivilrechtlich zu gar nichts verpflichtet ist, auszudehnen, wäre ja aber ein unmöglicher Anachronismus. — [2]) 'In fideiussorem, qui aliquem iudicio sisti promiserit, tanti quanti ea res erit actionem dat praetor — —.' — [3]) 'Si decesserit qui fideiussorem dederit iudicio sistendi causa, non debebit praetor iubere exhibere eum. quod si ignorans iusserit exhiberi vel post decretum eius ante diem exhibitionis decesserit, deneganda erit actio. si autem post diem exhibitionis decesserit, aut amiserit civitatem, utiliter agi potest.' ('Utiliter agere' bezeichnet hier selbstverständlich nicht eine a° utilis, sondern ein erfolgreiches agere). — [4]) Vgl. oben S. 300 f.

gesichert wird. Daß unter 'vis' hier nicht im buchstäblichen Sinne Gewaltübung, sondern jede Art von Hinderung zu verstehen ist, wird von Paulus lib. IV ad edictum (l. 4 pr. ne quis eum 2, 7) ausdrücklich gesagt.

Aber gleichviel, mag die eine oder die andere actio in factum zuständig sein! Worauf gründete sich denn der Anspruch gegen den defensor vocati nach Lenel in Wahrheit? Doch lediglich auf seine Erklärung, mit dem Kläger statt des vocatus zum Gericht gehen und das vadimonium bestellen zu wollen, darauf ferner, daß er gegangen ist, das vadimonium aber nicht bestellt hat. Ist es hier denn nicht schließlich doch allein das außergerichtlich bei der in ius vocatio abgegebene und zwar formlos erteilte Versprechen, für das künftige Erscheinen des vocatus schon sorgen zu wollen, das dem Anspruch gegen den defensor vocati zu grunde liegt? Wozu denn erst der ganze umständliche und zwecklose Gang zum Prätor, — zu dem es ja auch, wie oben gezeigt, nur höchst selten gekommen sein würde, — wenn das, wodurch der defensor sich eigentlich verantwortlich macht, in dem bei der in ius vocatio abgegebenen formlosen Versprechen liegt. Solche zwecklosen Reisen waren in alter Zeit einmal bei der Vindikation von Grundstücken aus formellen Gründen erfordert gewesen; aber sobald sie wegen wachsender Ausdehnung des Amtssprengels des Prätors unbequem wurden, hat man sie abgeschafft und auf einer zu einem beliebigen, vielleicht zum Inventar des Gerichts gehörigen Erdscholle zum Schein vorgenommen. Die Reise des vindex mit dem Kläger auf das comitium aber sollte noch in der Zeit der klassischen Juristen notwendig geblieben sein?

Daß nun aber einem solchen formlosen Versprechen nach dem Rechte und der Verkehrsübung der Römer hier eine unter Umständen sehr weitgehende Wirkung hätte zugeschrieben werden können, daran ist allerdings, wie wir alsbald sehen werden, nicht zu denken. —

Nach alledem erweist sich der vindex Lenels und der herrschenden Lehre als ein rein doktrinäres Gebilde, als ein Homunculus, der mit den natürlichen Menschen, wie sie in Rom wirklich gelebt haben, nichts gemein hat. —

Die gleichen Bedenken, wie Lenels Ansicht stehen auch der von Naber[1]) entgegen, der in dem vindex einen wirklichen defensor in dem bekannten technischen Sinne sehen will: der vindex trete, so meint Naber, erst dann in rechtliche Beziehung zum Kläger, wenn er vor Gericht erscheine und den Prozeß für den vocatus wirklich übernommen habe. Gegen diese Erklärung spricht gleichfalls, daß zwischen dem Moment der in ius vocatio und dem Erscheinen der Parteien vor dem Prätor ein Vacuum bestehen würde, eine Zeit, in der der Kläger jeder Sicherheit entbehrte; und ob, nachdem dieser den vocatus hat seines Weges ziehen lassen, der defensor vocati die Defension auch übernehmen werde, ist hier ebenso unsicher, wie bei Lenel es dahinstand, ob er das vadimonium leisten werde. Um vollkommen sicher zu gehn, mußte der Kläger eigentlich den Verklagten nötigen, als dritter im Bunde mit zum Prätor zu gehen und unter seiner Obhut zu warten, bis ein anderer die Defension übernommen hatte. Der für den defensor eintreten sollte, hätte selbst für ihn solange mit seiner Person bürgen müssen, um sich, „entrinnt er, erwürgen“ zu lassen. War er aber einmal selbst mit zu Gericht gegangen, dann konnte er ebensogut auch gleich mit dem Gegner selbst in der Sache verhandeln. — Wäre Nabers Ansicht richtig, so hätte es gewiß am nächsten gelegen, einfach zu bestimmen: der vocatus hat dem Kläger zu folgen oder sofort einen procurator unter Leistung der üblichen Satisdation zu bestellen.

Wir können also mit Sicherheit sagen: einen vindex von der Art, wie Lenel ihn sich vorstellt, auch mit der von Naber verteidigten Modifikation, hat es in Rom niemals gegeben.

Im übrigen hat nun Lenel in seiner neuesten Darlegung, ebenso wie in der früheren, den vindex in scharfen Gegensatz zu dem Vadimoniumsbürgen gestellt, nicht nur insofern, als er, nach seiner Ansicht, nicht wie dieser in Stipulationsform eine Bürgschaft übernimmt, vielmehr eine ganz formlose Erklärung abgibt, sondern auch darin, daß er nur schlechthin zur Gestellung des vocatus verpflichtet

[1]) l. c. p. 375.

werde, nicht die Gestellung zu einem bestimmten Termin zusage, und daß er für einen bestimmten Termin erst verpflichtet werde, wenn es ihm durch ein Dekret des Prätors besonders auferlegt ist.

Diese in der französischen Ausgabe wiederholte Behauptung stimmt nun sehr wenig zu seiner neuesten Schilderung der Art des Eingreifens des vindex. Denn wenn der defensor vocati vor dem Prätor, wie es wohl normalerweise geschehen wäre, wenn die Vorstellung Lenels richtig wäre, das vadimonium übernahm, so wird doch vom Prätor sofort auch ein Termin für die Gestellung des reus bestimmt worden sein. Was es mit dem von Lenel behaupteten Unterschied überhaupt auf sich hat, das wird sich aus den weiteren Erörterungen ergeben. Aber wäre denn dieser Unterschied, auch wenn er bestanden hätte, so wesentlich gewesen, daß man seinetwegen eine ganz fundamentale Verschiedenheit des vindex vom Vadimoniumsbürgen behaupten könnte? Höchstens würde man sagen können, daß dann das Edikt die Anordnungen in betreff des defensor vocati in sehr unpraktischer Weise getroffen hätte, was aber sehr wenig Wahrscheinlichkeit für sich hat, wenn man sieht, wie der Prätor für den Vadimoniumsbürgen den Anforderungen der Zweckmäßigkeit im vollen Maße zu genügen verstanden hat.

V.

Die rechtliche Stellung des für den in ius vocatus Eintretenden. Sein Verhältnis zum Vadimoniumsbürgen.

Wie war nun in Wahrheit das Eintreten des defensor vocati, des von Lenel und der von ihm begründeten Lehre als 'vindex' bezeichneten, in den Quellen einen technischen Namen nicht führenden Mannes beschaffen? welche Verpflichtungen trafen ihn, und in welcher Weise wurde der Anspruch gegen ihn, wenn der vocatus nicht gestellt wurde, geltend gemacht?

Wenn nach den vorangegangenen Ausführungen nicht daran gedacht werden kann, daß er sich mit dem Kläger zum Prätor begeben habe, so können wir nur annehmen, er werde die den Kläger sicherstellende Erklärung außer-

gerichtlich und zwar sofort bei der in ius vocatio abgegeben haben. Und da ferner der Kläger sich mit irgend einer formlosen Versicherung nicht begnügt und man ihm auch, sich mit ihr zu begnügen, nicht angesonnen haben kann, so dürfen wir als sicher annehmen, daß sie in der allgemeinen, wo es sich um klipp und klare Feststellung von rechtlich bedeutsamen Verhältnissen handelt, üblichen Weise, in Form von Frage und Antwort, hier also in Stipulationsform abgegeben wurde, wie denn auch die Quellen hier überall von einem 'promittere' sprechen. Daß das Versprechen des defensor vocati nicht formlos gewesen sein kann, geht auch daraus hervor, daß, abgesehen von den mit actio bewehrten Realkontrakten, den Konsensualkontrakten und dem constitutum debiti, das klassische Recht formlose Verträge als klagbar nicht anerkannte, und daß, wenn aus diesem Vertrage in der Tat vom Prätor ohne Rücksicht auf seine Form eine actio in factum gegeben worden wäre, es doch erstaunlich wäre, daß die römischen Juristen in ihren systematischen Erörterungen nicht auf diesen im Verkehr doch so häufigen Fall als Beispiel eines klagbaren formlosen pactum hingewiesen hätten. Jene Stipulation wird, wie wir gleichfalls aus dem Wortlaute der auf die in den Quellen als 'fideiussio' bezeichneten Stipulation bezüglichen Stellen der Digesten entnehmen können, in der Regel auf 'vocatum sistere in iudicio' oder vielmehr 'in iure' gegangen sein. Daß dabei ein Termin sofort vereinbart wurde, in dem sich der Kläger mit dem vocatus auf dem comitium treffen sollte, ist nirgends gesagt, aber doch ganz selbstverständlich. Denn man wird doch wiederum dem Kläger nicht zugemutet haben, sich mit dem allgemeinen Versprechen des defensor vocati, den vocatus künftig einmal zum Gerichte sistieren zu wollen, ohne eine feste Terminsbestimmung zu begnügen; das wäre eine Vertröstung ad graecas kalendas gewesen. Der Kläger hätte dann hinterher, während ihm an baldiger Erledigung des Streits gelegen war, mit dem defensor vocati, und dieser mit dem vocatus sich ins Benehmen setzen müssen; und welche Weiterungen — besonders, wenn die Parteien an verschiedenen Orten wohnten — konnten sich ergeben, wenn dem einen dieser, dem andern jener Termin

nicht paßte und eine Einigung nicht erzielt wurde! Hierbei ist auch zu bedenken, daß doch vor allem der vocatus selbst, gleichviel ob in bestimmter Form oder formlos, dem Kläger sein Erscheinen auf einen bestimmten Termin zugesagt haben wird. Ihm gegenüber wird der Kläger sich unter keinen Umständen mit der allgemeinen Versicherung, er werde schon einmal später sich von ihm auf dem Gerichte treffen lassen, zufrieden gegeben haben. Und alsdann wäre es doch merkwürdig gewesen, wenn er nicht auch von dem defensor vocati die Versicherung gefordert und erhalten haben sollte, er werde dafür sorgen, daß der vocatus zu dem bezeichneten Termine erscheine. Es ist nicht recht zu begreifen, warum man den Römern zutrauen will, daß sie das, was jeder praktische Mensch in solchen Fällen für natürlich und unumgänglich notwendig ansehen muß, nicht getan haben sollten.

Sehr häufig wird die Stipulation nicht auf 'in iure sisti' schlechthin und unmittelbar gegangen sein, der defensor vocati sich vielmehr zur Leistung des Interesse des Klägers für den Fall der Nichtgestellung zum Termin anheischig gemacht haben, entweder so, daß zunächst das 'in iure sisti' und in einem an diese Stipulation angereihten Strafgedinge die Zahlung einer festbestimmten Geldsumme oder das Interesse ('quanti ea res erit') bedungen wurde, oder so, daß nur für den Fall der Nichtgestellung zum Termin eine solche Zahlung zugesagt wurde, wie in l. 2 § 5 qui satisd. cog. 2, 8 aus den Worten 'nisi pro certa quantitate accessit' unmittelbar ersichtlich ist, und aus der allerdings auf die aber doch der stipulatio des defensor vocati nahe verwandte des Vadimoniumsbürgen bezüglichen l. 81 de V. O. 45, 1 und l. 14 si quis caut. 2, 11 in den dort erwähnten verschiedenen Fassungen der stipulatio sich entnehmen läßt.

Gegen die Möglichkeit der Annahme einer Stipulation seines vindex hat Lenel geltend gemacht, daß die actio, die der Prätor gegen ihn gab, wenn der vocatus zu dem Termin nicht gestellt wurde, eine actio in factum und auf 'quanti ea res erit' gerichtet gewesen sei.[1]) Dieser Einwand

[1]) l. 2 § 5 qui satisdare cog. 2, 8.

ist grundlos. Denn einmal wäre es doch dem Prätor durch nichts verwehrt gewesen, aus einem Tatbestande, aus dem eine actio civilis entspringt, eine actio in factum zu geben, wenn triftige Gründe dafür sprachen. Sind ja doch auch für depositum und commodatum, obgleich für sie zivilrechtliche Aktionen bestanden, auch actiones in factum proponiert gewesen und nicht minder für die actio negotiorum gestorum. Diese Tatsache verliert ihre Beweiskraft nicht dadurch, daß die actiones in factum historisch hier überall den zivilrechtlichen vorausgegangen sind. Denn daß auch nach Einführung der letzteren die actiones in factum beibehalten wurden und nachweislich in praktischer Übung geblieben sind, beweist, daß man sie in gewissen Beziehungen für zweckmäßiger erachtete als jene. Vielleicht hätte der Prätor auch in diesen Fällen die in factum konzipierten Klagen aus Zweckmäßigkeitsgründen sogar noch eingeführt, wenn anfänglich nur actiones civiles für sie bestanden hätten; jedenfalls wäre seine Befugnis hierzu nicht zu bezweifeln gewesen.

Aber es ist auch nirgends gesagt, daß gegen den defensor vocati nicht auch die actio ex stipulatu hätte gegeben werden können; und daß für den Fall, wenn die Stipulation lediglich auf eine festbestimmte Summe oder auf Zahlung des 'quanti ea res erit' mit der Bedingung der Nichtgestellung zu dem bestimmten Termin lautete, die zuständige zivilrechtliche actio und nicht die actio in factum gegeben wurde, halte ich für zweifellos.[1])

Auch ist die actio in factum nur für den Fall der schlechtweg auf 'iudicio sisti' lautenden Stipulation bezeugt.[2]) Hier hatte aber der Prätor auch wohl guten Grund, nicht

---

[1]) Daß, wenn die Vadimoniumsbürgschaft auf 'quanti ea res erit', die actio ex stipulatu incerti zuständig war, ergibt l. 3 si quis in ius voc. 2, 5 (Ulpian lib. XLVII ad Sabin.): 'cum quis in iudicio sisti promiserit neque adiecerit poenam, si status non esset: incerti cum eo agendum esse in id quod interest verissimum est, et ita Celsus quoque scribit.' Daß sich die Stelle auf die Vadimoniumsbürgschaft bezog, folgt daraus, daß die a° ex stipulatu hier als die allein zuständige und nicht auch eine a° in factum erwähnt wird. Daß hier, wie es scheint, eine solche nicht gegeben wurde, beruhte wohl auf der Verschiedenheit der Sachlage in beiden Fällen. — [2]) l. 2 § 5 qui satisdare 2, 8. Vgl. oben S. 306 not. 2.

eine auf 'quidquid dare facere oportet' gerichtete actio zu geben, sondern nur mit auf 'quanti ea res erit' gerichteter condemnatio. Denn einer in ius konzipierten Formel hätte der Geschworene hier ratlos gegenüber gestanden, und auch die Meinungen der Juristen, auf deren Rat er angewiesen war, hätten hier in den Fragen, wozu denn eigentlich der Verklagte zu verurteilen wäre, worin das Interesse des Klägers im Falle der Nichtgestellung bestehe, ob nur in dem aus dem Aufschub erwachsenen Schaden, in den Kosten einer vergeblich zu dem Termin gemachten Reise, der Zeitversäumnis oder allemal in dem gesamten Interesse, das er an Verurteilung des vocatus hatte usw., sehr weit auseinander gehen und zu einer höchst unsicheren, zwischen den Extremen einer sehr strengen und einer sehr milden Behandlung des defensor vocati schwankenden Praxis führen können.

Dieser Unsicherheit beugte der Prätor einfach dadurch vor, daß er den iudex anwies, auf Grund der Feststellung einer geschehenen stipulatio iudicio sisti allemal auf 'quanti ea res erit'[1]) zu erkennen. Damit entschied er sich für die strengste Ansicht, offenbar im Interesse der Aufrechterhaltung eines geordneten Ganges der Rechtsprechung, und um frivolen Verschleppungen, die leicht die Folge einer zu nachsichtigen Behandlung des defensor vocati sein konnten, entgegenzutreten. Freilich war auch hier nicht aller Zweifel ausgeschlossen. Denn das 'quanti ea res erit' war doppelsinnig. Es konnte einmal auf den Streitwert des Gegenstandes der vom Kläger beabsichtigten Klage gedeutet werden, aber auch auf den Wert, den der Kläger, wäre ihm der vocatus gestellt worden, erstritten haben würde. Diesem Zweifel gibt Ulpian l. c. Ausdruck und entscheidet sich für die letztere Alternative, die allerdings zur Folge haben mußte, daß in dem Prozeß gegen den defensor vocati zur Festellung der Kondemnationssumme der ganze Anspruch, den er gegen den nicht gestellten vocatus geltend gemacht hätte, begründet und bewiesen werden mußte, — was natürlich vermieden wurde, wenn eine feste mit condictio certi ein-

[1]) Vgl. über 'quanti res est' Fr. Mommsen, Beiträge zum Obligationenrecht II S. 45 ff.



zufordernde Summe für den Fall der Nichtgestellung versprochen war.

Hiermit fiele der eine der von Lenel behaupteten Unterschiede zwischen Vadimoniumsbürgschaft und der Stipulation seines 'vindex' dahin.

VI.

Fortsetzung.

Das Verfahren gegen den defensor in ius vocati.

Der andere angebliche Unterschied soll nach Lenel darin bestehn, daß der Vadimoniumsbürge stets das 'iudicio sisti' auf einen bestimmten Termin zusage, der 'vindex' dagegen ganz allgemein verspreche, „daß der in ius vocatus künftighin überhaupt zu haben sein werde". Der Beweis für diese Behauptung, der schon vorhin der Zweifel entgegengestellt wurde, daß sich doch kein Kläger mit so vagen Redensarten zufrieden zu geben brauchte, soll darin liegen, daß gegen den 'vindex' die actio in factum nach l. 4 qui satisdare 2, 8 erst gegeben wurde, wenn vom Prätor der Befehl, den vocatus zu einem bestimmten Termin zu stellen, erlassen und dem Dekret nicht Folge geleistet war. Damit ist nichts bewiesen. Denn dieses Dekret erklärt sich, unbeschadet der Möglichkeit einer unter den Parteien vorher getroffenen Terminsvereinbarung, sehr leicht aus der Natur des hier in Frage stehenden Anspruchs.

Durch die stipulatio iudicio sisti wird zunächst für den Kläger gegen den defensor vocati der Anspruch auf Gestellung des vocatus vor Gericht begründet. Worauf es ihm dabei ankommt, ist das, denjenigen, gegen den er zu klagen vorhat, sich vor Gericht gegenüber zu sehen, um mit ihm verhandeln und die ordinatio iudicii herbeiführen zu können. Diese Leistung wird nicht bloß 'sistere', sondern auch, wie z. B. gerade auch in l. 4 cit. 'exhibere' genannt, — ein Ausdruck, der bekanntlich nicht nur von Sachen, sondern auch von Menschen, Sklaven sowohl als Freien gebraucht wurde, und das Vorlegen, Bringen, Stellen vor Gericht bedeutet.[1])

[1]) Vgl. Demelius, Die Exhibitionspflicht in ihrer Bedeutung für das classische und heutige Recht (1872) S. 50 ff.



Es liegt deshalb nahe, die Exhibitionspflicht für Sachen zur Erklärung des auf Exhibition eines in ius vocatus anwendbaren Verfahrens heranzuziehen, wie es uns in l. 4 cit. als ein offenbar aus zwei Bestandteilen, dem decretum ad exhibendum und der actio in factum gegen den defensor vocati sich zusammensetzendes entgegentritt.

Die actio ad exhibendum, für deren Bedeutung im einzelnen ich mich hier auf das oben zitierte Werk von Demelius beziehen kann, hatte, wie dieser nachgewiesen, den Zweck, eine Sache oder Person vor das Gericht zu bringen, um demjenigen, der eine Klage, namentlich eine rei vindicatio, wegen der Sache anstellen wollte, Gelegenheit zu geben, sie zu besichtigen. Diese actio und das durch sie zu erzwingende 'exhibere' sollen dazu dienen, die Anstellung der eigentlich beabsichtigten Klage vorzubereiten, dem Kläger das künftige 'iudicium directum' zu ermöglichen, z. B. wenn ihm die Identität der Sache, die er vindizieren will, mit der in der Hand desjenigen, von dem er sie vindizieren will, befindlichen zweifelhaft ist, oder um ihn zu vergewissern, ob es sich der Mühe verlohne, dieser Sache wegen zu klagen usw.[1])

Der für die actio ad exhibendum gegebene Geschworene hat zunächst zu prüfen, ob der Kläger ein Interesse an der Exhibition hat, aber in summarischer Kognition, die, soweit jener Zweck es erfordert, aber auch nur insoweit, zu ermitteln hat, ob dem Exhibitionskläger das in dem beabsichtigten iudicium directum in Anspruch zu nehmende Recht zustehe.

> l. 3 § 6 ad exhibendum 10, 4 (Ulpian) Eleganter igitur definit Neratius iudicem ad exhibendum hactenus cognoscere, an iustam et probabilem causam habeat actionis, propter quam exhibere sibi desiderat.

Auf Grund der summarischen Kognition erläßt der Geschworene, wenn er das Interesse erwiesen findet, kraft der in der Formel enthaltenen Klausel 'ni exhibeat', den 'iussus ad exhibendum', der selbstverständlich den Ort und jeden-

---

[1]) Vgl. Demelius a. a. O. S. 26 ff.

falls auch die Zeit der Exhibition bestimmt haben muß. Leistet der Verklagte dem iussus Folge, so ist die Exhibitionspflicht hiermit erledigt; es können aber möglicherweise die Verhandlungen bei der Vorlegung der Sache auch zu einer Erledigung des Rechtsstreites, der im iudicium directum zum Austrage kommen sollte, führen, wenn z. B. bei dieser Gelegenheit der Verklagte von dem Bestehen des Rechts des Klägers an der Sache selbst sich überzeugt und sie ihm, ohne eine rei vindicatio abzuwarten, herausgibt.[1])

Leistet der Verklagte dem Exhibitionsbefehl nicht Folge, so wird er auf 'quanti ea res est' verurteilt, und dieses umfaßt alles, was er im iudicium directum erstritten hätte, wäre es ihm nicht durch die Unterlassung der Exhibition vereitelt worden. Der Kläger braucht aber die Existenz des Schadens in der Regel nicht besonders zu beweisen, weil er in dem durch sein iusiurandum in litem, durch das er die Höhe seines Schadens ('quanti ea res est') beschwor, zugleich von selbst ein Urteil darüber abzugeben ermächtigt ist, daß das iudicium directum zu seinen Gunsten ausgefallen sein würde.

Das Verfahren im Exhibitionsprozeß der klassischen Zeit war demnach so gestaltet, daß es vollständig, einschließlich des 'summatim cognoscere' und des 'iussus ad exhibendum' von dem Geschworenen erledigt wurde. Demelius[2]) hat aber in hohem Grade wahrscheinlich gemacht, daß zur Zeit des Legisaktionenprozesses der Zwang zum 'exhibere' unmittelbar vom Magistrat geübt wurde. Wir hätten uns für diese Zeit also den Gang des Verfahrens so zu denken, daß der Magistrat selbst die summarische Kognition vornahm und auf Grund derselben durch Dekret dem Verklagten die Verpflichtung zu exhibieren auferlegte. Ob die Exhibition alsdann unmittelbar erzwungen wurde, ob eine litis aestimatio

[1]) Demelius a. a. O. S. 36 rekonstruiert die Formel der actio ad exhibendum in folgender Weise: 'Hominem Stichum quem A^us A^us vindicaturus est, q. d. r. a., nisi N^us N^us A^o A^o arbitratu tuo exhibeat, quanti ea res erit, tantam pecuniam N^us N^us condemnato s. n. p. a.' Anders lautet die Rekonstruktion bei Lenel, Edictum perp. XV § 30. Für unsern Zweck kommt es auf die hier bestehenden Unterschiede nicht an. — [2]) a. a. O. S. 257.



erfolgte oder ein iusiurandum in litem stattfand usw., darüber läßt sich etwas Sicheres nicht sagen und kann hier auch außer Betracht bleiben.

Demelius[1]) hat nun aber ferner die mir sehr plausibel erscheinende Meinung ausgesprochen, daß nach dem Aufkommen des Formularprozesses der iussus ad exhibendum nach summarischer Kognition noch einige Zeit vom Magistrat selbst erlassen und erst im Falle des Ungehorsams ein arbiter zur Feststellung der aestimatio gegeben wurde, bis es dann zweckmäßiger erschien, diesem arbiter auch gleich das 'summatim cognoscere' und den iussus ad exhibendum zu übertragen.

Vergleichen wir mit dem hier in Kürze geschilderten Exhibitionsprozeß und den ihm zu grunde liegenden tatsächlichen und rechtlichen Beziehungen die Verhältnisse und Interessen, um die es sich bei der Verpflichtung zum 'sistere' des in ius vocatus handelt, so ergibt sich hierbei sofort eine Reihe von Ähnlichkeiten, die eine, wenn nicht gleiche, so doch ähnliche Behandlung im Prozesse als zweckmäßig erscheinen lassen konnten, allerdings auch gewisse Verschiedenheiten, die aber doch nicht derart sind, daß sie eine analoge prozessualische Behandlung hätten ausschließen müssen; und in der Tat läßt sich eine erhebliche Ähnlichkeit zwischen beiden Arten des Verfahrens nachweisen. Ob und welche von beiden Arten des Verfahrens der andern etwa zum Vorbilde gedient hat, lasse ich dahingestellt.

Auch bei der Verpflichtung zum 'sistere' des in ius vocatus hat der Kläger ein Interesse daran, daß der defensor vocati ihm exhibiere — nicht eine Sache, sondern die Person des vocatus, und zwar, daß sie ihm im Gericht gegenübergestellt werde. Nur ist hier die Exhibitionspflicht nicht wie bei der actio ad exhibendum eine unmittelbar auf objektivem Rechte, sondern eine auf Vertrag beruhende.

Auch bei der Verpflichtung zum 'sistere' verlangt der Kläger die Exhibition mit Rücksicht auf eine von ihm dem-

---

[1]) a. a. O. S. 259.

nächst anzustellende andere Klage; allerdings eine Klage nicht gegen den zur Exhibition Verpflichteten, sondern gegen einen dritten, den vocatus; aber die Exhibition ist das unumgänglich notwendige Mittel, um ihm die Anstellung dieser Klage zu ermöglichen. Wenigstens geht das Edikt offenbar davon aus, daß der Kläger, nachdem die in ius vocatio vergeblich gewesen war, nicht nötig habe, sie zu wiederholen, auch wenn von einer zweiten Erfolg zu erwarten wäre.[1])

[1]) Auf diesem Gedanken beruht es auch, daß, wenn der vocatus einen defensor vocati bestellt, er aber selbst in dem bei der vocatio vereinbarten Termin sich nicht stellt, und auch ein anderer für ihn die Defension nicht übernimmt, er als indefensus gilt und die missio in bona gegen ihn verhängt werden kann. l. 2 pr. qu. ex c. in poss. 42, 4. Praetor ait 'in bona eius, qui iudicio sistendi causa fideiussorem dedit, si neque potestatem sui faciet, neque defendetur, iri iubebo.' Es wäre auch unbillig gewesen, dem Kläger, wenn er sich, statt gegen den defensor vocati vorzugehen, an seinen Schuldner halten wollte, eine nochmalige, vielleicht eine weite, beschwerliche und möglicherweise vergebliche Reise erheischende in ius vocatio zuzumuten. Vgl. hierzu Lenel, Edictum S. 58. Auch er erklärt das Edikt in der hier angegebenen Weise. Aber diese Erklärung beruht doch auf der notwendigen Voraussetzung, daß, was Lenel aber leugnet, bei der in ius vocatio sofort unter den Beteiligten ein Termin verabredet worden ist, zu dem der vocatus vor dem Prätor erscheinen oder von dem defensor vocati gestellt werden soll. Man konnte doch, wenn das unterblieben war, von dem vocatus unmöglich verlangen, daß er nun etwa seinerseits den Kläger aufsuchte, um mit ihm zum Gericht zu gehen oder sich Tag für Tag solange auf dem comitium aufhalte, bis ihn der Kläger hier einmal getroffen, der aber doch auch davon gar nichts zu wissen brauchte. Das 'potestatem sui facere' in dem Edikte bedeutet nichts anderes, als das Erscheinen vor dem Gerichte, sowie in bezug auf zu exhibierende Sachen das 'facere in publico potestatem' (Paulus lib. XXI ad edict. l. 2 ad exhibendum 10, 4) und in bezug auf den zu exhibierenden Freien das 'in publicum producere' (Ulpian lib. LXXI ad edict. l. 3 § 8 de hom. lib. exhib. 43, 29) die Vorlegung und die Vorführung vor Gericht bedeutet, aber selbstverständlich in einem bestimmten und also — da die Beteiligten noch nicht vor dem Gericht zusammen gewesen sind — außergerichtlich bei der in ius vocatio vereinbarten Termin. Es hätte ja nur ein wunderbarer Zufall sein können, wenn der Kläger den zur Selbstgestellung oder zur Vorlegung einer Sache oder Vorführung einer Person Verpflichteten selbst oder mit der zu exhibierenden Sache oder Person in comitio angetroffen hätte, und zwar unter Umständen, unter denen es dem Kläger möglich war, sofort mit ihm in eine gerichtliche Verhandlung einzutreten.

Auch bei der Sistierungspflicht muß es gerecht erscheinen, daß dem Verklagten die Verpflichtung zum 'sistere' und die aus der Nichterfüllung folgende Verpflichtung nur auferlegt werde, wenn der Kläger zuvor sein Interesse an der Exhibition des vocatus nachgewiesen hat, da vielleicht die in ius vocatio in ganz frivoler Weise erfolgt sein konnte, ohne die Spur eines gegen den vocatus begründeten Anspruchs. Daher würde auch hier billigerweise ein Exhibitionsbefehl an den Verklagten auf das Interesse wegen Vereitelung des Prozesses gegen den vocatus nicht ohne vorgängige summarische Feststellung seines Interesses an der Sistierung des vocatus erfolgen dürfen; eine Verurteilung des Verklagten auf das Interesse aber würde auch hier den Beweis voraussetzen, daß er, wenn er in die Lage versetzt worden wäre, den sistierten vocatus zu belangen, in dem Prozesse gegen ihn obgesiegt hätte.

Eine Betrachtung des Verfahrens gegen den defensor vocati, wie es wenigstens in den Grundzügen aus den Quellen trotz ihrer Zerrissenheit noch deutlich erkennbar ist, zeigt uns denn in der Tat eine auf den ersten Blick schon in die Augen springende Ähnlichkeit mit dem Verfahren im Exhibitionsprozeß, nicht zwar in dessen fertiger Gestalt der klassischen Zeit, sondern in jener, die es in einer früheren Entwicklungsphase gehabt zu haben scheint.

Das 'iubere exhibere' oder 'decretum exhibitionis' des Prätors, von dem Paulus l. 4 qui satisdare 2, 8 [1]) spricht, entspricht genau dem iussus ad exhibendum bei der actio ad exhibendum, nur daß dieser iussus nicht wie bei dieser in der Zeit des ausgebildeten Formularverfahrens vom Geschworenen, sondern, wie wahrscheinlich in den Anfängen des Formularverfahrens, vom Magistrat erlassen wird. [2]) Als selbstverständlich ist hierbei vorauszusetzen, daß der Kläger den defensor vocati in ius voziert und wegen unterlassener

---

[1]) Vgl. oben S. 306 not. 3. — [2]) Man wird gerade dieses hier vom Magistrat selbst ausgehende decretum ad exhibendum vielleicht auch zur Unterstützung der oben S. 317 erwähnten Vermutung über die Gestaltung des Exhibitionsverfahrens für Sachen in den Anfängen des Formularprozesses benutzen können.



Sistierung des vocatus zu dem zugesagten Termin, auf Grund der ihm erteilten promissio vocatum sisti belangt, und der Magistrat darauf vor Erlaß des Dekrets in summarischer Kognition das Interesse des Klägers an der Sistierung des vocatus auf Grund einer Untersuchung über das Bestehen eines ihm gegen den vocatus zustehenden Anspruchs festgestellt hat. Daß er in dem decretum exhibitionis zugleich den Termin zur Sistierung bestimmt hat, das sagt Paulus in l. 4 cit. ausdrücklich.

Hiermit ist sehr gut verträglich, daß in der stipulatio iudicio sisti vorher schon ein Termin der Sistierung zwischen dem Kläger und dem defensor vocati vereinbart war, zu dem der Verklagte den vocatus nicht gestellt hatte. Denn in der Regel wird auch jetzt noch der Kläger das Interesse an der Sistierung behalten und Anlaß haben, Gestellung zu einem neuen Termin zu fordern. War etwa sein Interesse an der Sistierung inzwischen infolge der Säumnis des defensor vocati weggefallen, sein Anspruch z. B. durch Zeitablauf oder der nicht vererbliche Anspruch durch den inzwischen eingetretenen Tod des vocatus zerstört und ihm ein jetzt durch eine Sistierung nicht mehr zu reparierender Schaden erwachsen, so wird natürlich ein Dekret auf Gestellung nicht ergangen, sondern sofort die actio in factum auf 'quanti ea res est' erteilt worden sein, sowie andererseits dem Kläger wegen des etwa infolge der Nichtgestellung zum vereinbarten Termin bereits entstandenen Schadens (— er ist z. B. vergeblich zu dem Termin an den Gerichtsort gereist —) die a° in factum unbeschadet der Einleitung des auf Gestellung zu einem neuen Termin gerichteten Verfahrens gegeben werden konnte.[1])

[1]) Vgl. l. 8 si quis caut. 2, 11: Gaius l. XXIX ad ed. prov.: 'Et si post tres aut quinque pluresve dies, quam iudicio sisti se reus promisit, secum agendi potestatem fecerit, nec actoris ius ex mora deterius factum sit, consequens est dici defendi eum debere per exceptionem.' Auf den Fall, daß zwischen dem vocatus und dem Kläger ein Termin vereinbart, der vocatus aber ausgeblieben ist, wird hier dennoch ihm die Nachholung der Erfüllung seiner Erscheinungspflicht gestattet; einen Anspruch des Klägers aus der vorangegangenen stipulatio se in iure sisti kann er mit der exceptio doli zurückweisen, wenn das Recht, das den Gegenstand des Prozesses bilden sollte, infolge der Versäumung



Sistierte nunmehr der Verklagte den vocatus zu dem vom Prätor bestimmten Termin, so konnte jetzt der Kläger sofort mit dem vocatus verhandeln und zur ordinatio iudicii geschritten werden, wenn nicht auch hier etwa die unmittelbare gegenseitige Aussprache des Klägers mit dem Gegner zu gütlicher Beilegung der Sache führte. Stellte der defensor vocati den vocatus nicht dem Dekrete gemäß, so wurde nunmehr dem Kläger gegen den von neuem belangten defensor vocati die actio in factum auf das Interesse ('quanti ea res erit') erteilt, die ihm alles das gewährte, was er erhalten hätte, wenn der vocatus ihm gestellt worden wäre und von ihm hätte belangt werden können. Diese actio in factum konnte selbstverständlich nicht, wie die actio ad exhibendum, arbiträr sein, da ja der iussus ad exhibendum, der dort vom Geschworenen zu erlassen war, hier vom Magistrat, und zwar ohne Erfolg, bereits erlassen war, und doch schwerlich anzunehmen ist, der Prätor werde nun dem verklagten defensor vocati durch einen arbitratus des Geschworenen noch eine dritte Gelegenheit haben geben wollen, sich durch Sistierung von allen weiteren Verpflichtungen zu befreien. Aus diesem Grunde bleibt hier dem Kläger das iusiurandum in litem und damit das Recht, mit dem Betrage seines Interesses zugleich den kausalen Zusammenhang zwischen der Nichtgestellung und dem erlittenen Schaden selbst fest-

---

des ersten, vereinbarten Termins keinen Schaden genommen hat. — Die Stelle bezieht sich gewiß auf das Versprechen des in ius vocatus, zum Zwecke der Einleitung des Prozesses zu erscheinen. Wenn das Verfahren schon eingeleitet war, hätte die Versäumung eines späteren Termins keinen Einfluß auf das Recht des Klägers haben können. Zwar steht die Stelle im 29. Buche des Ediktskommentars von Gaius, das sich nach Lenels Annahme auf das 'vadimonium' beziehen soll. Das mag richtig sein; aber auch wenn in einem Buche eine bestimmte Materie ex professo behandelt wird, würde die vielfach geübte Methode doch nicht zutreffend sein, nun alle Stellen dieses Buches nur auf diese Materie zu deuten, als ob nicht jeder Schriftsteller unter Umständen Exkurse in benachbarte oder vielleicht ganz fernliegende Gebiete unternehmen könnte. Aber auch wenn wir die Stelle nicht auf das Versprechen des in ius vocatus, sondern auf das vadimonium beziehen, so liegt doch der Analogieschluß auf die Art der Behandlung des ersteren bei der im Text nachgewiesenen nahen Verwandtschaft zwischen beiden außerordentlich nahe.

zustellen, versagt; er mußte vielmehr den vollen Nachweis führen, daß ihm das behauptete Recht gegen den vocatus zustehe und er es im Prozeß gegen diesen würde erstritten haben.[1])

Durch die Verurteilung des defensor vocati wurde natürlich der Anspruch gegen den vocatus nicht konsumiert und auch keine exceptio rei iudicatae für den vocatus aus dem gegen den defensor auf die actio in factum hin ergangenen Urteil begründet; wohl aber konnte dieser, wenn er von dem verurteilten defensor die Urteilssumme gezahlt erhalten hatte, insoweit dem Anspruch des Klägers exceptio doli entgegensetzen.

VII.

Die durch die justinianische Prozeßordnung bedingten Interpolationen. Schluß.

Es erübrigt nur noch eine kurze Bemerkung über die wirklich an den Schriften der klassischen Juristen in den Digesten vorgenommenen Interpolationen.

Daß die Juristen in den Stellen, die in den Digesten von einem 'fideiussor, qui aliquem iudicio sisti promiserit' u. ä. reden, von einem fideiussor nicht gesprochen haben können, ist oben schon erwähnt worden. Der Grund liegt darin, daß der defensor vocati nicht eine, wenn auch vielleicht irgendwie modifizierte Leistung, die dem vocatus obliegt, auf sich genommen hat. Der vocatus ist kraft öffentlichen Rechts in der Regel verpflichtet, der vocatio zu folgen. Der defensor vocati verspricht aber nicht und kann nicht *diese* Leistung versprechen; er verpflichtet sich vielmehr zu einer selbständigen Leistung, nämlich für das Erscheinen des vocatus vor

[1]) Daß gegen den Vadimoniumsbürgen, auch wenn er sich schlechtweg zum 'iudicio sisti' und nicht auf eine absolut oder relativ bestimmte Summe für den Fall der Nichtgestellung verpflichtet hatte, nicht eine actio in factum, sondern eine actio ex stipulatu incerti gegeben wurde, ist schon oben S. 312 f. bemerkt worden. Der Grund hierfür wird darin gelegen haben, daß der Prätor hier den bereits anhängigen Streit durch ein vielleicht weitläufiges Zwischenverfahren nicht wird haben aufhalten wollen, sondern es an den Kontumazialfolgen gegen den Verklagten genügen ließ, dem Kläger dagegen anheimgab, etwaigen durch die Terminsvereitelung erlittenen und sonstigen Schaden mit der actio ex stipulatu von dem Vadimoniumsbürgen einzufordern.

Gericht Sorge tragen zu wollen. Das kann man, ebenso wie die Vadimoniumsbürgschaft, nur in einem ganz uneigentlichen Sinne eine Bürgschaft nennen, nur insofern nämlich, als auch er für ein bestimmtes Verhalten eines andern einzustehen hat, indem seine Verpflichtung zu der von ihm entweder ausdrücklich übernommenen oder kraft objektiven Rechts ihn treffenden Leistung nur entsteht, wenn der vocatus seiner Verpflichtung nicht genügt und die dem defensor vocati bedingungsweise obliegende Leistung ein Surrogat der Leistung des vocatus bilden soll. Die Juristen selbst werden also wohl 'is qui — sisti promiserit' oder ähnliches geschrieben haben. Weshalb die Kompilatoren aber überall den 'fideiussor' eingeschaltet haben, davon soll später gesprochen werden.

Es ist merkwürdigerweise bisher, soviel ich sehe, noch niemals die Frage aufgeworfen worden, welchen Einfluß die tiefgehenden Abweichungen des justinianischen Zivilprozesses vom Formularprozeß auf das Recht der in ius vocatio haben mußten, und nicht erwogen worden, daß die in ius vocatio der klassischen Juristen und alle in die Digesten übernommenen Stellen im Zusammenhang der Kompilation eine ganz andere Bedeutung gewinnen mußten, als die sie in den Schriften der Juristen ursprünglich hatten, und daß ferner die Sicherstellung der Verpflichtung des Verklagten zur Einlassung auf den Prozeß und zur Fortführung des begonnenen ganz anders geregelt war als früher. Ich will versuchen, den Einfluß dieser Änderungen einmal auf die Interpretation der justinianischen Quellen, ferner auf die Gestaltung ihres Textes darzulegen.

Wenn wir hier der Darstellung von Bethmann-Hollweg[1]) folgen, so finden wir im justinianischen Rechte folgendes Verfahren:

Dem Verklagten wird durch einen Exekutor aus dem Officium des Gerichts die Klageschrift und Ladung insinuiert, der dagegen vom Verklagten eine von ihm unterzeichnete schriftliche Gegenerklärung (ἀντίβιβλος, libellus contradictionis oder responsionis) über den Klagegrund und etwaige Einreden — und Kaution empfängt. „Durch diese

[1]) Der römische Civilprozeß III S. 249 f.

verpflichtet sich der Verklagte, vor Gericht in dem vom Kläger bezeichneten Termin zu erscheinen und bis zum Endurteil zu beharren, sodaß sie nicht nur die Stelle des alten Vadimoniums oder der cautio iudicio sisti, sondern auch der satisdatio iudicatum solvi in ihrer Kraft de re defendenda vertritt. Kautionsmittel ist regelmäßig Bürgschaft (satisdatio); nur Grundbesitzer und personae illustres werden zur schriftlichen cautio iuratoria zugelassen, andere privilegierte Personen im Notfalle.

Kann oder will der Beklagte die gesetzliche Kaution nicht geben, so tritt Realzitation (exhibitio, ἀπόστασις usw.) ein, d. h. er muß dem Exekutor folgen und wird von ihm während des Prozesses bewacht oder im gerichtlichen Gefängnis behalten. — —"

Hieraus ergab sich einmal, daß der Unterschied zwischen der promissio iudicio sisti und der Vadimoniumsbürgschaft wesenlos geworden war, und das hatte gewiß zur Folge, daß die Exzerpte, die sich auf diese beiden Institute und die hier zu leistenden Promissionen bezogen, in den Digesten bunt durcheinandergewürfelt erscheinen, sodaß sich nicht bei allen Stellen bestimmt erkennen läßt, ob sie ursprünglich auf die Bürgschaft für das Erscheinen des vocatus auf die in ius vocatio, oder auf das in einem nach eingeleitetem Verfahren vereinbarten späteren Termin Bezug hatten.

Es erklären sich aber daraus verschiedene Klassen von Interpolationen.

Einmal die Substitution des 'fideiussor' für den promissor. Die „Bürgschaft" für das Erscheinen im ersten Termin und für das Beharren im Prozeß während seiner ganzen Dauer ist nicht mehr eine dem Kläger selbst erteilte, sondern eine dem Gerichtsbeamten gegenüber abgegebene Erklärung. Zur Bezeichnung dieser Erklärung gab es keinen besonderen technischen Ausdruck; es lag nahe, für diese „Bürgschaft" sich eines in der justinianischen Rechtssprache allgemein üblichen Ausdrucks — fideiussio —, der ja auch auf dem Gebiete der eigentlichen, echten Bürgschaft in den justinianischen Rechtsbüchern die andern Ausdrücke für Bürgschaft (fidepromissio, sponsio) völlig verschlungen hat, zu bedienen, obwohl die Form der fideiussio

bei der protokollarischen Erklärung und gewiß auch bei einer dem Exekutor gegebenen mündlichen Erklärung natürlich nicht in Anwendung kam. Dieser Ausdruck ist deshalb überall anstatt der ursprünglich gebrauchten eingesetzt worden.

Aus der Umwertung der Kautionen des früheren Rechts mit Rücksicht auf den justinianischen Prozeß erklärt sich weiter, daß der Unterschied zwischen ius und iudicium, der bei den Juristen überall hervorgetreten sein muß, verwischt, und überall nur von 'iudicio sisti' an Stelle des jedenfalls für die promissio des defensor vocati in den Juristenschriften gebrauchten 'in iure (oder 'iure'?) sisti' die Rede ist.

Es erklärt sich ferner die Überschrift des Tit. Dig. II, 6: 'In ius vocati ut eant aut satis vel cautum dent', die nicht, wie Lenel in seinem Edictum V § 11 sie faßt: 'in ius vocati ut eant aut vindicem dent', sondern nur einfach: 'ut eant' oder 'ut eant aut satisdent' gelautet haben wird.[1])

---

[1]) Zum mindesten sind die Worte 'vel cautum' interpoliert. 'Cautum dare' ist ein bei den Klassikern nirgends vorkommender Ausdruck. Die Worte 'vel cautum dent' sind schon sprachlich höchst verdächtig. Bei den Klassikern kommt diese Ausdrucksweise niemals vor, und sie ist auch eigentlich sinnlos. Es findet sich 'cautionem dare' bei Ulpian in l. 12 ususfruct. quemadm. cav. 7, 9. (In l. 5 pr. de h. p. 5, 3 ist es wohl neben 'satisdatio' interpoliert) und bei Paulus l. 73 de fideiuss. 46, 1. Dagegen wird der Ausdruck 'cautum habere' zweimal gebraucht: Pomponius l. 15 § 3 de precario 43, 26. 'si quis de re sibi restituenda cautum habet' und Ulpian l. 1 § 16 ad SC. Treb. 36, 1: 'cavendum est heredi — — ut — — habeat heres cautum.' Das entspricht einer sonst bekanntlich sehr häufig vorkommenden Redeweise, wie z. B. 'scriptum, cognitum, perspectum, exploratum, persuasum habere'. 'Cautum promittere' findet sich in l. 1 si quis caut. 2, 11 (Gaius lib. I ad edict. prov.): 'praeter eum diem, quo cautum promittitur'; auch hier halte ich es aber für interpoliert, ebenso wie das 'cautionem iudicio sistendi causa promittere' in l. 39 (38) § 10 ad l. Jul. de adult. 48, 5 (Papinian lib. XXXVI quaest.). Denn 'cautio' ist ein Versprechen; ein Versprechen versprechen ist also wiederum eine verkehrte Ausdrucksweise, und noch verkehrter, ein 'cautum', also etwas Versprochenes versprechen. 'Cautum iubere aut denegare' steht endlich in l. 1 § 9 de stip. praet. 46, 5 (Ulpian lib. LXX ad edictum). Die verdächtigen Stellen beziehen sich sämtlich auf vadimonium oder in ius vocatio oder prätorische Stipulationen, und die Interpolationen haben ihren Grund in der veränderten Form

Ohne weiteres ist nun auch das 'apud officium cavere' und das 'apud acta promittere' in l. 17 de in ius vocando 2, 4 [1]) erklärlich, das nach der später allerdings von ihm aufgegebenen Ansicht Lenels „eine ursprünglich feierlich in die Hand des Prätors geleistete Bürgschaft" gewesen sein soll, aber auch von Naber (a. a. O. S. 375) unrichtig auf ein 'vadimonium publicum' bezogen wird. 'Officia' heißen in der späteren Kaiserzeit bekanntlich die Gerichtsbüreaux, und in der diokletianisch-konstantinischen und in der justinianischen Gerichtsverfassung wird technisch das Dienstpersonal der Magistrate 'officium' genannt. Dagegen sind in klassischer Zeit die Unterbeamten des Prätors gewiß nicht officium genannt worden.[2]) Paulus kann an der erwähnten Stelle schwerlich 'eum pro quo quis apud officium cavit .. apud acta promisit' geschrieben haben. Es handelt sich um die in die Stelle hineininterpolierte[3]) Kau-

---

der Kautionsbestellung im justinianischen Prozeß. Das 'cautum dare' in der Titelüberschrift zu 2, 6 ist wahrscheinlich dadurch entstanden, daß zwischen 'satis' und 'dent' die Worte 'vel cautum' eingeschoben wurden. Die Juristen kennen nur den Ausdruck 'satisdare'. Durch die Einfügung von 'vel cautum' sollten wohl die Fälle gedeckt werden, in denen nach justinianischem Rechte der Verklagte statt der satisdatio nur eine einfache oder juratorische Kaution zu leisten brauchte (z. B. oben S. 324).

[1]) Paulus lib. I sent.: Eum pro quo quis apud officium cavit, exhibere cogitur. item dum qui apud acta exhibiturum se esse quem promisit etsi officio non caveat ad exhibendum tamen cogitur. Vgl. auch das 'apud acta' bei Paulus l. 45 de re iud. 42, 1. — [2]) Vgl. Dirksen, Manuale lat. s. v. 'officium' § 2 B. v. Bethmann-Hollweg II S. 159, III 134. Karlowa, Röm. RG. I S. 875 f. — [3]) Die in der westgotischen Überlieferung von Paulus Rec. Sent. nicht enthaltene Stelle ist, wie ich vermute, nicht erst von den justinianischen Kompilatoren interpoliert, sondern schon vorher in die in der Praxis in byzantinischer Zeit viel gebrauchte und für sie wahrscheinlich vielfach adaptierte Schrift überhaupt erst eingefügt worden. Man müßte sonst annehmen, daß die ganze Stelle von den Kompilatoren verfaßt und unter der Firma 'Paulus lib. I sent.' den Pandekten eingefügt worden wäre, da sich ein echter paulinischer Kern aus der Stelle überhaupt nicht herausschälen läßt. Da ein Grund zu solchem Verfahren der Kompilatoren nicht gut einzusehen ist, so ist zu vermuten, daß die Kompilatoren — hier wenigstens — nicht einen reinen Text der Originalschrift, sondern eine der vielfach verbreiteten, für die Bedürfnisse der Praktiker hergerichteten Ausgaben exzerpiert haben werden.

tionserklärung, die dem Exekutor aus dem officium des Gerichts oder im Bureau des Gerichts zu Protokoll gegeben ist.

Endlich würde sich mit Rücksicht auf die veränderte Gerichtsordnung eine duplex interpretatio der von Lenel (a. a. O. S. 66 Anm. 3, französ. Ausg. S. 92 Anm. 3) zu Gaius IV 185 als Beleg zu einem iureiurando geleisteten vadimonium herangezogenen, die inscriptio: Paulus lib. VI ad edictum tragenden l. 26 qui satisdare 2, 8:

> Qui iurato promisit iudicio sisti non videtur peierasse, si ex concessa causa hoc deseruerit

ergeben, wenn nicht die Stelle zweifellos in sehr umfassender Weise interpoliert wäre. Denn einmal kommt 'iurato promittere' außer in dieser Stelle nur noch in Rubr. Dig. II, 8: 'Qui satisdare cogantur vel iurato promittant vel suae promissioni committantur', die nach ihrer ganzen Fassung den tribonianischen Stempel an sich trägt, und sonst nirgends vor. Ferner aber konnte Paulus schlechterdings keine Veranlassung haben, sich mit dem Bruch eines eidlich geleisteten vadimonium zu befassen, da der Bruch eines eidlichen Versprechens noch zu Paulus' Zeiten nicht strafbar gewesen ist und erst seit Arcadius und Honorius der Eidesbruch mit Strafe bedroht wurde.[1]) Von dem ganzen Fragment werden also höchstens die Worte 'Qui promisit' echt sein; nicht einmal, daß bei Paulus 'iureiurando' stand, wird man annehmen können, da dieses Wort zu interpolieren kein Grund vorliegen konnte. Aber im Zusammenhange der justinianischen Kompilation ist die Stelle zu beziehen auf die personae illustres, die ihrer Kautionspflicht bei der Insinuation der Klageschrift durch cautio iuratoria genügen können. Wenn Lenel dann weiter mit dieser Stelle Paulus lib. VI ad edict. l. 15 de iureiurando 12, 2:

---

[1]) Vgl. c. 8 Theod. Cod. 2, 9 = c. 41 C. J. de transact. 2, 4 (a. 395) und die gerade von dem Bruch einer juratorischen Kaution durch einen 'illustris' handelnde l. 17 § 1 de dignit. 12, 1. — Auch der Meineid war zu Paulus' Zeit nur strafbar, wenn per genium principis geschworen (l. 13 § 6 de iureiur. 12, 2) oder wenn der Tatbestand des Stellionats durch ihn begründet war (l. 4 stellion. 47, 20). Der Eidesbruch fiel nicht unter diese Bestimmungen.



'Ad personas egregias eosque qui valetudine impediuntur domum mitti oportet ad iurandum'

in Verbindung bringt, so kann die Stelle bei Paulus sich vielleicht auf das eidliche vadimonium bezogen haben. Aber dabei ist in Betracht zu ziehen, daß die 'egregii' erst in der konstantinischen Rangordnung eine bestimmte Kategorie von Personen darstellen, nämlich die fünfte Klasse der 'honorati'[1]), Paulus ihnen also unmöglich schon das Privilegium der Vereidigung im Hause zugeschrieben haben kann. Das Wort 'egregii' haben demnach die Kompilatoren hineininterpoliert, gewiß nicht um ihnen damit das Privilegium der juratorischen Kaution für den Prozeß zu verleihen, sondern nur um ihnen das Vorrecht zu gewähren, in den Fällen, in denen sie einen Eid zu leisten verpflichtet, oder vielleicht nach allgemeinen Grundsätzen berechtigt sind, im Hause zu schwören. Das Recht, statt der satisdatio für den Prozeß stets eine eidliche Kaution zu stellen, kam den egregii gar nicht zu, sondern ist durch Kaiser Zeno (c. 17 de dign. 12, 1) nur den 'illustres', der ersten Klasse der honorati, verliehen und auf niedere Rangklassen niemals ausgedehnt worden. —

Das Ergebnis dieser Untersuchung ist also dieses, daß der 'vindex' im klassischen Rechte keineswegs eine ganz eigenartige Gattung von Bürgen darstellt und seinem Wesen nach von dem Vadimoniumsbürgen keineswegs gänzlich verschieden ist, daß er vielmehr von diesem sich lediglich dadurch unterscheidet, daß der bisher als 'vindex' κατ' ἐξοχήν bezeichnete Bürge die Gestellung des in ius vocatus vor das Gericht für einen bestimmten Termin behufs Einleitung eines Zivilprozesses zusagt, während der Vadimoniumsbürge nach eingeleitetem Prozesse im Falle einer Vertagung die Gestellung des Verklagten zu dem nächsten Termine verspricht, daß sich aber die — nicht erheblichen — Verschiedenheiten der rechtlichen Behandlung beider Garanten lediglich aus der Natur des Zweckes, dem sie dienen, er-

---

[1]) Vgl. Comment. Jac. Gothofredi ad c. 1 Theod. Cod. de honor. codic. VI, 22. Walter, Römische Rechtsgesch. I S. 581. v. Bethmann-Hollweg III S. 22f. Karlowa, Röm. RG. I S. 542.

geben. Es zeigte sich ferner, daß eine dem Worte 'vindex' in den Quellen zukommende technische Bedeutung schlechterdings nicht nachweisbar ist, und daß endlich ein innerer historischer oder sachlicher Zusammenhang zwischen diesem Bürgen und dem vindex der Zwölftafeln nicht besteht, daß man daher ebensowenig von diesem irgendwelche Schlüsse auf die Stellung und Bedeutung des sogenannten vindex des klassischen Rechts, wie von dem, was man von diesem weiß oder zu wissen behauptet, Rückschlüsse auf den vindex der Zwölftafeln ziehen darf.

Ceterum censeo, vindicem esse delendum.

XII.

Zur Form der klassischen Litiskontestation.

Von

Herrn Professor **Dr. O. Lenel**

in Straßburg i. E.

Nach der einschneidenden Kritik, der Wlassak — in seiner Schrift über die Litiskontestation im Formularprozeß (1889) — die Lehre Kellers vom Wesen der klassischen Litiskontestation unterzogen hatte, mochte mancher diese Lehre für begraben halten. Das war eine Täuschung. Wenigstens einer Seite von Kellers Lehre ist schon in Trampedach[1]) ein Verteidiger erstanden, und neuerdings bekennt sich Hölder[2]) in allen Grundzügen als ihr Anhänger. M. E. ist Wlassaks Kritik durch keinen dieser Gegner widerlegt, und ich muß meine früher[3]) erklärte grundsätzliche Zustimmung zu Wlassaks Lehre durchaus aufrecht erhalten.

---

[1]) Bd. 18 dieser Ztschr. S. 114 ff. — [2]) s. oben S. 197 ff. — [3]) Bd. 15 dieser Ztschr. S. 374 ff.

Keller schrieb bekanntlich dem Ausdruck „Litiskontestation" zwei Bedeutungen zu. Bald ist ihm die L. K. ein bloßer Moment, „der ideelle Endpunkt, die Vollendung des Verfahrens vor dem Magistrat", die er in der Erteilung der Formel erblickt, bald aber auch „die Vollziehung des ganzen Verfahrens in iure von seiten der Parteien". Dem gegenüber liegt das Wesentliche von Wlassaks Lehre darin, daß die L. K. als ein Vertrag unter den Parteien erscheint: sie ist die förmliche Einigung der Parteien, unter der vom Prätor bewilligten Formel prozessieren zu wollen.

Sowohl Trampedach als Hölder halten an der Annahme einer Doppelbedeutung des Ausdrucks fest. Jener will zwischen litem contestari und lis contestata unterscheiden. Litem contestari soll nach ihm das ganze Verfahren in iure, lis contestata seinen Endpunkt bezeichnen, den Trampedach allerdings nicht in der Erteilung der Formel sieht, sondern in der Feststellung des Formelwortlauts durch den Kläger unter Mitwirkung des Beklagten und des Prätors, eine Auffassung, die der von Wlassak und mir jedenfalls sehr nahe steht. Hölder seinerseits erklärt freilich nicht die Vollziehung des ganzen Verfahrens in iure durch die Parteien für Litiskontestation, aber doch ein gutes Stück davon. Die Parteien, sagt er (S. 217), haben angefangen, die L. K. miteinander zu vollziehen, wenn sie mit der dafür unerläßlichen Zulassung des Prätors gewillt sind, ihre Differenz zu richterlichem Austrage gelangen zu lassen und über die dafür geeignetste Formel verhandeln. Sind sie, fährt er fort, über eine bestimmte nicht vom Prätor für unzulässig erklärte Formel einig geworden, so haben sie die L. K. vollzogen, vollzogen aber doch nur in dem Sinne (also eigentlich nicht vollzogen), daß sie getan haben, was ihrerseits erforderlich war, damit lis contestata sei oder ihre Differenz zur res in iudicium deducta werde. Dieser Erfolg trete aber wirklich nicht schon durch diese Einigung, sondern erst durch die obrigkeitliche datio iudicii ein, durch die erst jene Einigung zu einer rechtswirksam bestehenden werde. Erst an die datio iudicii also knüpfen sich die von den Römern der Litiskontestation zugeschriebenen Wirkungen. Wie man sieht, ist die L. K. nach Hölder nicht ein Ver-

trag, sondern eine längere Verhandlung, und ihren Abschluß erreicht diese Verhandlung, ihre Vollendung erlangt die L. K. durch einen Akt nicht der Parteien, sondern des Prätors. Keller selbst würde wohl in Hölders Formulierung nichts andres erblickt haben als eine Präzisierung seiner eigenen Lehre. Die folgenden Ausführungen richten sich in erster Linie gegen Hölder; Trampedachs Lehre soll jedoch gelegentlich berührt werden.

Sieht man sich die Beweisführung näher an, auf die Hölder seine Formulierung stützt, so fällt vor allem eines auf: der fast vollständige Mangel von Quellenzitaten. Wlassak hatte seine Kritik auf ein recht stattliches Quellenmaterial gestützt. Auf eine eingehende Widerlegung dieser quellenmäßigen Beweisführung läßt sich Hölder nicht ein, so unerläßlich für ihn eine solche Widerlegung war. An Digestenstellen finde ich in seiner Abhandlung im ganzen vier angeführt. Davon hat eine einzige — D. (26. 8) 15 — wirkliche Beziehung zu unserer Frage; aber Hölder selbst wird nicht behaupten, daß die Stelle seine Lehre positiv zu stützen geeignet sei, — er bemüht sich (S. 228) nur, ihre gegen ihn sich richtende Beweiskraft zu erschüttern. Unter den drei andern handelt eine — D. (28. 1) 20 § 8 — von der Testamentserrichtung: sie ist nur der Analogie halber herangezogen (S. 202). Eine zweite — D. (40. 2) 8 — von der manumissio vindicta: sie wird m. E. von Hölder (S. 235) unrichtig gedeutet [1]), hätte aber, auch wenn seine Deutung richtig wäre, jedenfalls keinerlei irgend entscheidende Bedeutung. Und ebenso steht es auch mit der dritten Stelle (S. 228) — D. (21. 1) 30 pr. —, worin von einer Kaution die Rede ist, die der Judex bei der actio redhibitoria in seinem arbitrium den Parteien aufzuerlegen hat. [2]) Wir sind

---

[1]) Die Stelle lautet: ego cum in villa apud praetorem fuissem, passus sum apud eum manumitti, etsi lictoris praesentia non esset. Hier werde, sagt Hölder S. 235, die manumissio als eine solche bezeichnet, die der manumissor vollziehen lasse. Ich verstehe das nicht: denkt sich denn H. den Ulpian hier als manumissor? — [2]) Welchen Sinn H. (S. 228) dieser Stelle beilegt, ist mir nicht ganz klar geworden. Er scheint an eine in iure zu leistende Kaution zu denken, eine Deutung, die dem Zusammenhang nach völlig ausgeschlossen ist. Vgl. auch D. (21. 1) 21 § 2.

doch gewiß zu der Frage berechtigt, wo denn in den juristischen Quellen die bloße Verhandlung über die geeignete Formel als litem contestari oder als ein Stück davon bezeichnet werde, wo denn in den Quellen die Folgen der Litiskontestation an die obrigkeitliche datio iudicii angeknüpft erscheinen. Auf diese Fragen suche ich bei H. vergeblich eine Antwort.[1]) Er versucht gar nicht, einen eigentlichen Beweis aus den Quellen dafür zu führen, daß die L. K. das gewesen ist, wofür er sie ausgibt, begnügt sich vielmehr mit allgemeinen Erörterungen, aus denen bestenfalls hervorgehen würde, daß die L. K. den ihr zugeschriebenen Charakter besessen haben könnte, nicht aber daß sie ihn wirklich besessen hat. Besessen haben könnte, — wenn sich eben nicht aus den Quellen das Gegenteil ergäbe.

Ausführlich behandelt wird bei H. nur ein einziges Zeugnis, die bekannte Stelle des Festusauszugs:

> Contestari litem dicuntur duo aut plures adversarii, quod ordinato iudicio utraque pars dicere solet: testes estote.

Aus dieser Stelle will Hölder drei Dinge folgern. Erstens: daß die Zeugenaufrufung den Abschluß der L. K. gebildet habe; die Stelle bezeuge die Worte „testes estote“ als die bei der L. K. von den Parteien gebrauchten, ohne jede Hinweisung darauf, daß sie im Gebrauch jener Worte nicht aufgegangen sei (S. 201). Zweitens: daß den Gegenstand der Bezeugung die bereits vollzogene ordinatio iudicii gebildet habe; denn indem gesagt werde, daß die Zeugen-

---

[1]) Trampedach allerdings glaubt den Beweis führen zu können, daß litem contestari das ganze Verfahren in iure bezeichne. Aber seine Beweisführung ist alles eher als glücklich. Schwer begreiflich ist, daß T. (a. a. O. S. 120. 124 f.) Stellen, wie D. (45. 1) 112 pr. und (33. 9) 1, Beweiskraft für seine These zuschreiben konnte. Ihm scheint entgangen zu sein, daß sowohl donec wie quamdiu — s. z. B. D. (23. 3) 46 pr., (42. 5) 39 § 1 — auch die Bedeutung „bis“ haben und in den fraglichen Stellen gar keine andere haben können. Ganz unverständlich sind mir auch die Schlüsse, die (a. a. O. S. 126 ff.) aus D. (24. 3) 22 § 5 und (5. 1) 11 gezogen werden. Freilich nicht unverständlicher als daß T. mich (a. a. O. S. 117 f.) Dinge sagen läßt, die ich niemals behauptet habe, um dann siegreich das Gegenteil darzutun („Lenel behauptet, daß statt des letzten edere ...... ausschließlich die Bezeichnung dictare vorkomme“).

aufrufung ordinato iudicio stattfinde, so sei damit auch der Gegenstand der Bezeugung angegeben (S. 201). Drittens: daß der Name Litiskontestation auch die ordinatio iudicii selbst bezeichnet habe; denn da die Zeugen die ordinatio iudicii als eine von ihnen aufmerksam verfolgte zu bezeugen hatten, so habe auch schon mit deren Beginn die Mitwirkung der Zeugen begonnen, und so habe den Namen L. K. auch die ordinatio iudicii als solche führen können (können!), so daß der Name nicht nur die suprema contestatio, sondern den ganzen ihren Gegenstand bildenden Vorgang bezeichnen konnte (S. 204).

Alle drei Folgerungen stehen in Widerspruch mit Wlassaks Lehre. Denn nach W. wird die L. K. durch die Zeugenaufrufung nicht abgeschlossen, sondern eröffnet, bildet den Gegenstand der Bezeugung auch nicht die in der Vergangenheit liegende ordinatio iudicii, sondern der an die Zeugenaufrufung sich anschließende Vorgang des edere und accipere iudicium, konnte demgemäß auch die ordinatio iudicii nicht den Namen der L. K. führen und hat ihn auch nicht geführt. Keine der drei Folgerungen ist begründet.

Zunächst: H. behandelt die Festusstelle wie eine Definition. Schon Wlassak aber hat darauf hingewiesen, daß sie das nicht ist und nicht sein will, sondern eine bloße Worterklärung enthält. Obwohl der Wortlaut der Stelle die Richtigkeit dieser Bemerkung klar ergibt, will H. dies doch nicht gelten lassen, indem er sich auf eine zweite Stelle des Festusauszugs beruft, wo es, übrigens nicht in unmittelbarem Zusammenhang mit jener ersten, heißt: Contestari est, cum uterque reus dicit: testes estote. Gewiß, hier ist der Sinn von „contestari“ wirklich und ganz richtig definiert: „contestari“ bedeutet an sich eine beiderseitige Zeugenaufrufung. Aber daraus folgt durchaus nicht, und der Festusauszug sagt auch nicht, daß der Ausdruck in der Wendung „litem contestari“ die gleiche Bedeutung habe. Er kann sie hier vielmehr gar nicht haben. „Dicere: testes estote“ ist „Zeugen aufrufen“. Zu Zeugen aufrufen kann man nun zwar Menschen und Götter — diese Bedeutung hat testari mit dem Akkusativ der Person —, aber nicht litem: testari und ebenso auch contestari mit dem Akkusativ

der Sache bedeutet eine auf diese Sache bezügliche, unter Zeugenaufruf geschehende Erklärung oder Feststellung, litem contestari die unter beiderseitigem Zeugenaufruf erfolgende Feststellung der lis. Der Festusauszug, der die Tatsache dieser Feststellung gar nicht erwähnt, sondern höchstens erraten läßt, gibt also ebensowenig eine Bestimmung der Sache, als es eine solche wäre, wenn wir irgendwo lesen würden, der Ausdruck Testament komme daher, daß am Schluß der Nunkupation gesagt werde: testimonium perhibetote. Aus ihm kann lediglich geschlossen werden, daß das testes estote bei der Feststellung der lis eine Rolle spielte, nicht aber daß sie im Gebrauch jener Worte aufging, durch sie vollzogen und abgeschlossen wurde. Allerdings auch nicht das Gegenteil, daß zu dem testes estote behufs der L. K. noch ein weiteres hinzukommen mußte. Die letztere Annahme rechtfertigt sich aber durch die Form der Aufforderung „testes estote". Man muß die Aufforderung, Zeuge zu sein, scharf unterscheiden von der Aufforderung, späterhin Zeugnis abzulegen. Letztere hat Sinn auch nach dem Abschluß des zu bezeugenden Vorgangs, jene erste dagegen nur, wenn sie diesem Vorgang vorausgeht. Die Fassung der nuncupatio beim Testament, auf die sich H. zur Bestätigung seiner Meinung beruft, enthält in Wahrheit ihre entscheidende Widerlegung. Die nuncupatio schließt nicht mit den Worten testes estote, sondern mit testimonium mihi perhibetote. Bei der unendlichen Sorgfalt, mit der die Römer alle ihre Wortformeln abgefaßt haben, ist es höchst unwahrscheinlich, daß diese Verschiedenheit der Fassung auf Zufall beruht. In der Tat ist leicht zu erkennen, daß der Unterschied zwischen den beiden Wendungen gerade der oben erwähnte ist. Testimonium perhibetote ist Aufforderung, nicht zum Zeuge sein — diese Aufforderung hat längst vorher stattgefunden —, sondern zur künftigen Ablegung des Zeugnisses[1]), eine Aufforderung, die ganz naturgemäß erst dann erfolgt, wenn die Zeugen das zu Bezeugende wahrgenommen haben.[2])

---

[1]) So Hölder selbst S. 205. Vgl. zur Bedeutung der Wendung: Varro, de R. R. II, 5, 1. Plin. Hist. nat. VII, 30, 112; 38, 127. Plin. paneg. 71, 7; 95, 1. Colum. de R. R. III, 9, 6. Mihi ist dat. eth. — [2]) Auch sie fällt aber unter den Begriff der testatio, und so wird sie

Was ist denn nun aber jene ordinatio iudicii, die dem Zeugenaufruf vorausgeht? Hölder erklärt, ohne jeden Beweis, sie umfasse die Präzisierung des Rechtsstreits und die Überweisung seiner Entscheidung an einen Judex, und identifiziert sie mit der Litiskontestation. Dem gegenüber ist längst von Wlassak (a. a. O. S. 72ff.) unter Heranziehung eines reichen Quellenmaterials nachgewiesen, daß ordinatio litis, iudicii, causae nirgends die der L. K. wesentliche Feststellung des Streitverhältnisses bedeutet. Ordinare heißt in jenen Wendungen nicht „anordnen", sondern „ordnend vorbereiten".[1]) In den Juristenschriften kommen sie technisch nur bei der querela inofficiosi testamenti und bei der causa liberalis vor[2]), weil diese beiden Judizien eine von der L. K. wohl zu unterscheidende, besondere Vorbereitung forderten, das erste durch die Erbittung der bonorum possessio (litis ordinandae gratia), das zweite durch das praeiudicium an in libertate sine dolo malo fuerit (§ 180 meines Edikts). Es ist daher sehr die Frage, ob Festus, d. h. Verrius Flaccus, seine Worterklärung einem Juristen verdankt. Untechnisch aber konnte der Ausdruck natürlich auch die im gewöhnlichen Verfahren in iure stattfindende Vorbereitung des Judiziums bezeichnen, und nichts andres als dies wird in der Festusstelle gemeint sein. Gewiß fand ja — und soweit kann man Hölder beitreten — auch schon in diesem vorbereitenden Verfahren und vor dem Zeugenaufruf eine Art „Präzisierung" des Rechtsstreits statt; die Parteien mußten sich ja, ehe es zur förmlichen L. K. kam,

---

in D. (28. 1) 20 § 8, im Gegensatz zu der früher erfolgten rogatio testium, als suprema contestatio bezeichnet.

[1]) Diese Bedeutung hat das Wort auch sonst oft, insbesondere in dem interessanten Passus bei Cic. pro Sulla 19, 53: cum omnia ordinarentur, instruerentur, pararentur. Ebenso bei Cic. de inv. I, 14, 19. Auf diese Stellen, die Wlassak entgangen waren, hatte Herr Prof. Kübler die Freundlichkeit, mich aufmerksam zu machen. — [2]) Auf die Querel beziehen sich D. (5. 2) 8 pr. § 1, (26. 2) 26 § 2, auf die causa liberalis D. (22. 3) 20, (40. 12) 24 pr. § 1—3, 25 § 2, (49. 16) 8, Vat. 33. Im Kodex findet sich bei der causa liberalis statt litem ordinare auch sollemnia ordinare oder interponere gebraucht; daß damit etwas von der L. K. Verschiedenes gemeint ist, ergibt besonders deutlich C. (7. 19) 5, wo die Erwähnung der L. K. gar keinen Sinn hätte.

notwendig über die Fassung der Formel geeinigt haben. Aber die Römer müßten unpraktische Leute gewesen sein, wenn sie sich mit dieser Art Präzisierung begnügt hätten. H. selbst nimmt an, daß eine Bestätigung jener Einigung durch die Erteilung der Formel erfolgt sei. Ich werde unten zeigen, daß dem nicht so war. Sieht man nun von dieser Möglichkeit ab, so ist folgendes klar. Die Verhandlung über die Formel nahm nicht selten geraume Zeit in Anspruch, es kostete oft sehr viel Hin- und Herreden, bis über alle Teile der Formel volle Einigkeit erzielt war. Je länger aber die Verhandlung gedauert hatte, um so größer wäre die Gefahr gewesen, daß später von der einen oder andern Seite die erfolgte Einigung in irgend einem Punkte bestritten wurde, während die Zeugen aus der verwickelten Verhandlung nur wirre Eindrücke, keine sichere Erinnerung mitgenommen hätten. Man wird also das gleiche getan haben, was man auch heute tut, wenn es gilt, das Ergebnis einer längeren Vertragsverhandlung vor künftiger Bestreitung sicherzustellen und man nicht dafür schriftliche Fixierung wählt: man rekapituliert es mündlich vor herbeigerufenen Zeugen. Nachdem die Parteien über alle Teile der Formel einig geworden sind, folgte zunächst das testes estote. Nunmehr sagte der Kläger dem Beklagten vor den Zeugen laut den Wortlaut der festgestellten Formel vor, — dies ist das bekannte iudicium dictare der Quellen. Ich habe dies dictare früher (a. a. O. S. 390 ff.) als ein eigentliches Diktat aufgefaßt; dafür geben die Quellen keinen genügenden Anhalt, und mit Recht wendet Hölder ein, welche Bedeutung denn das Diktat gehabt haben sollte, wenn der Beklagte das Nachschreiben unterließ (S. 220 f.). Es genügte das laute Vorsagen. Eine ausdrückliche Erklärung des Beklagten war, wie ich a. a. O. bereits ausgeführt habe, wahrscheinlich nicht erfordert; das iudicium accipere konnte stillschweigend erfolgen, — genug, daß er keinen Widerspruch erhob. Nun meint Hölder allerdings, eine derartige Vertragsform sei beispiellos. Das römische Recht kenne zwar Vertragsformen, die nur das Wort eines Teiles fordern, wie die mancipatio und iniurecessio. Bei diesen bestehe die Form aber darin, daß der eine Teil eine bestimmte Rechtsbehauptung in An-

wesenheit des anderen aufstelle, der sich durch diese Anwesenheit als auctor zu erkennen gebe. Hier — bei der L. K. — dagegen würde ein durch Antrag des einen und Annahme des anderen Teils zustande kommender Vertrag eine bestimmte Form erfordern nicht für die Annahme, aber für den Antrag, also nicht für die Handlung, durch die er zu vollendeter Existenz gelangt, sondern nur für die den Prozeß seiner Entstehung eröffnende Handlung. Das hält Hölder für undenkbar. Aber es gibt im römischen Recht noch einen zweiten Vertrag, der ganz in der gleichen Weise zustande kommt und schon durch seinen Namen an das iudicium dictare erinnert: ich meine die dotis dictio. Eine Form ist hier nur für die dictio selbst gefordert — sie bestand in der förmlichen Angabe des Gegenstands der dos; die Annahme dagegen konnte in einem bloßen sibi dici pati bestehen.[1]) Der Grund, warum von der Notwendigkeit einer formellen Annahme bei der L. K. abgesehen werden konnte, liegt nahe genug. Beide Teile haben schon durch ihr testes estote zu erkennen gegeben, daß sie einig geworden sind, und daß jetzt nur noch der Gegenstand dieser Einigung ausdrücklich rekapituliert werden soll. Wenn nun der Kläger diese Rekapitulation ohne Einspruch des Beklagten vollzieht, so kann über die Zustimmung des letztern kein Zweifel obwalten.

Die L. K. ist die förmliche Feststellung des Gegenstands des Rechtsstreits. Eine Frage für sich ist, ob sie, wie H. und wohl mit ihm die herrschende Meinung annimmt, zugleich auch schon die Überweisung seiner Entscheidung an einen bestimmten Judex in sich schließt. Ich glaube diese Frage sehr entschieden verneinen zu sollen. Hölder selbst führt (S. 208) an, daß im Legisaktionenprozeß bei der legis actio per condictionem und seit der lex Pinaria auch bei andern Legisaktionen der Judex nicht bei Vornahme der legis actio, sondern erst in einem späteren Termin ernannt wurde, und er verlegt die L. K. des Legisaktionenprozesses nicht etwa in diesen späteren Termin, sondern in den, wo die legis actio vor sich ging. Aber er meint, im Formular-

[1]) Vgl. den interpolierten Eingang von D. (23. 3) 46 pr.

prozeß habe sich dies geändert; indem er datio iudicii und addictio iudicis für ein und dasselbe hält, erklärt er, hier erfolge die Fixierung des Streitverhältnisses eben dadurch, daß der Magistrat dem Judex bezeichne, worüber er zu entscheiden habe; hier habe die Ernennung des Judex daher jener Fixierung nicht mehr nachfolgen können. Es gebe keine Instruktion des Judex ohne Ernennung desselben, wie umgekehrt keine Ernennung ohne Instruktion. War dem wirklich so? Die Ernennung des Judex hat sachlich mit der Präzisierung des Streitverhältnisses nichts zu tun. Nicht mehr als etwa bei uns die Bildung des Schwurgerichts mit der Erhebung der Anklage. Der ernannte Judex kann sterben oder sich exkusieren: wird dann etwa die erfolgte L. K. hinfällig? Daß die Ernennung des Judex in der datio iudicii und der litis contestatio nicht enthalten war, wird aber überdies klar bewiesen durch D. (5. 1) 28 § 4:[1])

> Sed et si dies actionis exitura erit, causa cognita adversus eum iudicium dare praetor debet, ut lis contestetur ita, ut in provinciam transferatur.

Die Stelle handelt von einem Beklagten, der das beneficium domum revocandi besitzt. Im Fall der Stelle gibt der Prätor iudicium und findet litis contestatio in Rom statt, aber der Prozeß selbst wird in die Heimat des Beklagten transferiert, d. h. dort von einem erst dort zu ernennenden Judex entschieden.[2]) Es ist auch wohl kein Zufall, daß in den Formeln der so übervorsichtig gefaßten lex Rubria zwar fingierte Partei- und Ortsnamen stehen, der Judex aber unbenannt bleibt, und der Magistrat auch nicht angewiesen wird, das abstrakte „iudex esto" an der Spitze der Formel durch Bezeichnung des Judex zu ergänzen. Diese Bezeichnung gehörte eben gar nicht zur datio iudicii. M. E. konnte verständigerweise die Ernennung des Judex in der Regel nicht in das vorbereitende Stadium des Prozesses fallen. Denn da die iudices des Albums doch unmöglich bei allen

---

[1]) Vgl. ferner D. (1. 18) 16. Die Stellen sind schon von Wlassak S. 31 f. angeführt. — [2]) Keller, L. C. S. 48 fg., hält es freilich für möglich, daß dennoch der Prätor den Judex ernannt habe, nämlich etwa so: Iudex esto quem Titius propraetor dabit!

Litiskontestationen zugegen sein konnten, so würden wir uns die iudices bei ihrer Ernennung als abwesend vorzustellen haben. So wenig ich nun geneigt bin, die Beweiskraft der für die Existenz des conventus in Rom beigebrachten Zeugnisse zu überschätzen, so scheint mir doch die Ernennung in absentia als Regel kaum denkbar. Wohl mochten Ausnahmen vorkommen[1]), Fälle, in denen sich die Parteien schon vor der Litiskontestation über die Wahl eines gemeinsamen Vertrauensmanns einigten.[2]) Als allgemeine Regel aber hätte die Abwesenheit des zu ernennenden Judex zu den größten Mißständen geführt. Wenn der in absentia ernannte Judex sich exkusierte, hätte ein neuer Termin anberaumt werden müssen, eventuell ein dritter. Welche Zeitverschwendung! Wie hätte ferner die Ladung zum iudicium vor sich gehen sollen? Man konnte doch nicht erwarten, daß der mit seiner Ernennung überraschte Judex den Parteien zu jeder ihnen beliebenden Zeit zur Verfügung stand. Er war es, der den Parteien den Termin bestimmen mußte. Wie sollte das der abwesende Judex machen, da er doch keine apparitores zu Handen hatte? Es wäre ihm nichts übrig geblieben, als die Parteien in der Weltstadt selber aufzusuchen oder etwa durch seine Leute aufsuchen zu lassen. Ich bin aus diesen und andern Gründen daher überzeugt, daß die Ernennung des Judex nicht bloß in Fällen, wie der in D. (5. 1) 28 § 4 erwähnte, sondern ganz normalerweise der L. K. erst in einem späteren Termin nachfolgte, wo die in das Album eingetragenen Geschwornen gegenwärtig waren.

[1]) Daß der zu Ernennende abwesend sein konnte, ergibt sich aus D. (5. 1) 39 pr.: neque enim in addicendo praesentia .... iudicis necessaria est. — [2]) Hierher gehört aber nicht der Fall D. (46. 7) 20: Cum apud Sempronium iudicem datum reus defenderetur etc. Denn hier ist von keinem Geschworenen, sondern von einem iudex datus die Rede. Auch D. (46. 7) 3 pr. dürfte, worauf mich Wlassak aufmerksam macht, keinen sicheren Anhalt gewähren. Die Stelle ist interpolationsverdächtig: in ihrer ursprünglichen Fassung wird sie nicht von der Ersetzung eines Judex durch einen andern, sondern von der der Centumviri durch einen Einzelgeschworenen (oder umgekehrt) gehandelt haben. Daher sind die Folgerungen, die ich in meinem Edikt (S. 410 unten) und ebenso noch in dessen französischer Bearbeitung (II p. 269) aus dieser Stelle für die Fassung der cautio p. p. l. v. zog, nicht zu halten.

Mit der Erkenntnis, daß Litiskontestation und addictio iudicis zwei sehr verschiedene Dinge sind, fallen alle Einwendungen, die Hölder gegen Wlassaks Lehre erhebt, in sich zusammen. Er hält es für undenkbar, daß es ganz im Belieben der Parteien gelegen haben solle, von der erteilten Formel Gebrauch zu machen oder nicht. Aber er kann sich das nur deshalb nicht denken, weil er von der Vorstellung nicht loskommt, daß die datio iudicii ein prätorisches Dekret sei, wodurch ein bestimmter Judex ernannt und instruiert werde. In Wirklichkeit verlief die Sache sehr einfach. Die Gestaltung der Formel war in erster Linie Sache der Parteienverhandlung; darauf weisen die zahllosen Stellen, in denen den Parteien ein intendere, excipere, condemnare zugeschrieben wird. Aber oft werden die Parteien sich nicht einigen, und auch wenn sie sich einigen, bleibt die Frage, ob das Ergebnis dieser Einigung geeignet ist, unter staatliche Autorität gestellt zu werden. Daher nimmt sehr natürlich der Prätor an der Verhandlung über die Formel teil. Er macht aus seinem Herzen keine Mördergrube und sagt den Parteien, welche Gestalt der Formel ihm genehm sei, d. h. über welche Formel er Litiskontestation zulassen werde. Das erklärt er nicht in einem besonderen Dekret, sondern er sagt es formlos in der Verhandlung und sagt es vielleicht zu größerem Nachdruck zehnmal wiederholt. Dies ist es, was die Römer unter iudicium dare verstehen[1]), und darum heißt es bei Cicero in Verr. III, 22 § 55 — Wlassak (S. 31) hat auf die Stelle längst aufmerksam gemacht — charakteristisch im Imperfekt: Verres in Xenonem iudicium dabat.[1]) Möglich, daß der einen oder andern der Parteien, vielleicht auch beiden, die so bewilligte Formel nicht paßt und daß sie sich darum weigern, davon Gebrauch zu machen. Tut das nur der Kläger, so kommt es zur denegatio actionis, die ihm die

[1]) Daß bei dem iudicium dare nicht an ein magistratisches Dekret zu denken ist, worin der Magistrat selbst den Formelwortlaut autoritativ feststellt, zeigen auch die charakteristischen Wendungen in der l. Rubria c. 20 lin. 41. 47. Der Magistrat soll danach nur dafür sorgen, daß die richtigen Namen in die Formel kommen (curare, ut . . . includantur concipiantur).

Möglichkeit durchaus nicht abschneidet, sein Glück bei einem andern Prätor (bei dem gleichen wäre der Versuch natürlich aussichtslos) von neuem zu versuchen. Tut es der Beklagte, so ist der Kläger in der Lage, missio in bona zu beantragen, bei der das iudicium datum nur insofern noch eine Rolle spielt, als der Beklagte durch dessen nachträgliche Übernahme den Fortgang des Verfahrens abzuschneiden vermag. Tun es beide Teile, so bleibt eben das Verfahren in iure ergebnislos. Weit entfernt, daß die Römer an der Rekusation der bewilligten Formel irgendwelchen Anstoß genommen hätten, ist vielmehr die Möglichkeit dieser Rekusation bei Cicero l. c. zwar nur indirekt, aber doch ganz klar bezeugt. Denn nachdem dort von Verres dreimal wiederholt gesagt ist: in Xenonem iudicium dabat, heißt es von Xeno: ille iudicium se accepturum esse dicebat. Gilt hier nicht „eius est accipere, cuius est recusare"?

Die Zeugenaufrufung läßt vermuten, daß vor der L. K. eine offizielle schriftliche Aufzeichnung der Formel nicht stattfand.[1]) Solange die Einigkeit in der Sache nicht feststand, war solche Aufzeichnung verfrüht. Dagegen wird eine nachträgliche Aufzeichnung der festgestellten Formel allerdings anzunehmen sein, wobei dahingestellt bleiben muß, ob sie durch den Prätor oder durch die Parteien und ob sie im Litiskontestationstermin selbst oder erst bei der Ernennung des Judex erfolgte. Mir ist das letztere wahrscheinlicher: die Zeugen wären dann aufgerufen worden, um die festgestellte Formel nicht etwa vor dem Judex, sondern um sie späterhin vor dem Prätor behufs richtiger Instruktion des Judex zu bezeugen. Über bloße Vermutungen wird man hier nicht hinauskommen.

Daß die Zeugenaufrufung selbst ursprünglich notwendiger Bestandteil der L. K. war, halte ich für zweifellos. Wie lange sie es geblieben ist, ist dagegen sehr zweifelhaft. Aus dem Wortlaut der Festusstelle „quod utraque pars dicere solet" zu folgern, daß sie schon zu Zeiten des Verrius Flaccus nur noch üblich, aber nicht mehr notwendig

---

[1]) In meinem früheren Aufsatz nahm ich (S. 390) an, daß der Prätor die Formel durch seine Kanzlei schriftlich ausfertigen ließ.

gewesen sei, scheint mir gewagt. Nicht nur dürfen bei einem Nichtjuristen, dessen Quelle wir nicht kennen, die Worte nicht derart auf die Goldwage gelegt werden, — wir finden gerade das Wort solere auch bei Juristen sehr oft gebraucht, wo ein nicht bloß übliches, sondern notwendiges Geschehen in Frage steht.[1]) Ebensowenig Beweiskraft kann ich dem Umstand, auf den Wlassak (S. 79) Gewicht legt, beimessen, daß die Gaianischen Institutionen der testes nicht gedenken. Sie hatten dieser zu gedenken weit weniger Veranlassung als des antestatus bei der Manzipation, von dem der echte Gaius und nicht minder Ulpians regulae doch ebenfalls geschwiegen zu haben scheinen, wenn auch der Gaiusauszug ihn erwähnt. Endlich kann ich auch nicht, wie Wlassak, in der von Severus herrührenden c. un. de lit. cont. (3. 9) einen positiven Beleg für den Wegfall des Zeugenaufrufs erblicken; denn dies Reskript, das die L. K. erfolgt sein läßt „cum iudex per narrationem negotii causam audire coeperit", handelt augenscheinlich vom Kognitions-, nicht vom Formularprozeß. So scheint mir denn gegen die Annahme, der Zeugenaufruf habe sich so lange erhalten wie der Formularprozeß selber, ein durchschlagender Gegenbeweis nicht geführt werden zu können. Ebensowenig aber ein durchschlagender Beweis dafür. Es ist sehr wohl möglich, ja vielleicht wahrscheinlich, daß, als das Protokollwesen sich mehr und mehr entwickelte, der Zeugenaufruf durch Protokollierung ersetzt wurde.

Man würde, glaube ich, das wahre Wesen der römischen L. K. niemals verkannt haben, wenn nicht bei der Betrachtung des römischen Prozesses unser Blick immer und immer wieder durch die Befangenheit in modernen Vorstellungen getrübt würde. Der römische Prozeß ist nicht aus einem Alleinrichtertum des Königs hervorgewachsen, wie römische Nachrichten fabeln, sondern sicherlich aus einem schiedsgerichtlichen Verfahren. In der Urzeit vollkommen frei, wird die Unterwerfung unter den Schiedsspruch, als der Staat sich in die Rechtspflege einzumischen beginnt, durch den Magistrat unter gewissen Bedingungen erzwungen. Aber

[1]) Vgl. z. B. Gai. inst. I, 120. 134. II, 103. III, 56. IV, 15. D. (1. 6) 5.

immer noch wird der Geschworene als der gemeinsame Vertrauensmann gedacht, hängt die Möglichkeit seines Eintretens von der Vereinbarung der Parteien ab, gibt es kein eigentliches Urteil ohne solche Vereinbarung: die L. K. ist historisch nichts als das Surrogat des Schiedsvertrags. Nur von diesem Standpunkt aus wird die Entwicklung der prätorischen Allgewalt begreiflich. Der römische Judex ist nicht einfach nur der Vollstrecker des Gesetzes; er ist ein Vertrauensmann, der eine Streitigkeit unter den Parteien schlichtet. Einem solchen kann man auch die Entscheidung über Ansprüche anvertrauen, die auf anderm als gesetzlichem Fundamente ruhen. Der Magistrat ist bei aller seiner Macht doch nichts als ein autoritativer Vermittler unter den Parteien. Er vermag nicht, den Judex über die Köpfe der Parteien hinweg zu instruieren; nur das vermag er, auf die Parteien einzuwirken, daß sie selber eine der Billigkeit entsprechende Instruktion des Judex beschließen. Den Widerstrebenden kann er mit schweren Nachteilen belegen, aber seinen Widerstand formell nicht überwinden.

XIII.

Streitfragen aus dem Aktionenprozeßrecht.

Von

E. I. Bekker.

Veranlassung. I. Sprachliches. II. Gründe der Denegation. III. Bis zur Dation. IV. Die Litiskontestation. V. Allerlei.

Dem zweiten Teil unserer Ausführungen über Objekte und Kraft der Obligationen, der sich mit dem klassischen römischen Rechte zu befassen hat, mag ein Exkurs vorangehen, veranlaßt durch „das Gewähren des Rechtsschutzes im römischen Zivilprozeß von Richard Schott". Schon öfter ist eine Monographie über das denegari actionem vermißt worden; das Gebotene füllt die Lücke wenigstens zum Teil, regt aber zugleich Bedenken an, die hier näher besprochen werden sollen. Wie Andere ist Schott ein entschiedener Anhänger Wlassaks, und tritt Lehren entgegen, die seit Keller allgemeine Billigung gefunden hatten. Auch wer dieser Opposition sich nicht anschließen mag, wird anerkennen müssen, daß eine feste gemeine Meinung nicht mehr besteht, und also auch die Gründe darzulegen haben, die ihn bestimmen, an Kellers Auffassungen festzuhalten.

I. Sprachliches.

Wie viele Wörter der römischen Rechtssprache kommt bekanntlich auch „actio" in verschiedenen, untereinander in gewissem Zusammenhange stehenden Bedeutungen vor. In den Wendungen „est actio", auch „nascitur actio" (oder „obligatio") und „habere actionem" dürfte der Begriff wesentlich derselbe sein; denn wo eine „actio" dieser Art vorhanden ist, muß sie auch jemand zustehen, und wo jemand ist „qui habet actionem", kann selbstverständlich die „actio" nicht fehlen. Hier ist also „actio" das Recht oder Rechts-

verhältnis des Einen, das eine privatrechtliche und eine publizistische Seite hat, indem es sich ebenso gegen einen Andern dem Einen gleichgestellten, wie gegen den jusdizierenden Magistrat kehrt; eine Einwendung, die Schott gegen diese Definition gemacht hat, wird nachher besprochen werden. Die Kraft der „actio" und namentlich der „actio in personam" wider den einzelnen ist hier nicht genauer darzulegen, das muß unserer größeren Arbeit vorbehalten bleiben. Dem Magistrat gegenüber aber wirkt sie verpflichtend zu einem Tun, das in der L. Rubria ausführlich bezeichnet wird, als „ius dicito, iudicium dato, iudicare iubeto"; im prätorischen Edikt entspricht dem die kurze Zusage „iudicium dabo". Auch in den Pandekten begegnen wir diesem „dare iudicium", daneben aber auch dem „dare actionem", das mutmaßlich nicht selten interpoliert ist.

Dem „habere actionem" entsprach auch der Ausdruck „competit actio", doch scheint es nach Gaius (vgl. P. Krüger in Zeitschr. XVI, 1), daß dieser Ausdruck vorzugsweise da gebraucht wurde, wo das Recht des Klägers auf gesetzlicher oder quasigesetzlicher Grundlage, nicht bloß auf prätorischer Verordnung beruhte, wogegen in andern Fällen von einer „actio danda", „solere actionem dari" und ähnlichem geredet wurde. Festzuhalten ist hierbei, daß jeder „qui habet actionem", und insonderheit „cui competit actio" zur gerichtlichen, d. h. hier judiziellen Verfolgung seines Gegners doch nur gelangt, nachdem ihm der Prätor „dedit actionem". Wenn aber demjenigen „qui habet actionem" noch „datur actio", dann müssen notwendig die „actio, quam habeo" und die „actio, quae mihi datur" verschiedene Dinge sein. Die „actio danda" ist der Zwangsapparat zur Verwirklichung des in der „actio, quam habeo" enthaltenen Rechts wider den Schuldner, Einsetzung des Gerichts und bedingter Kondemnationsbefehl seitens des Magistrats.

Titius iudex esto.

si paret ...... condemnato s. n. p. a.

Ohne einen solchen Magistratsbefehl gibt es keinen Judex, kein Judizium, keine Kondemnation. Ergeht der Befehl, so ist „actio data", gibt der Magistrat dem Antrag keine Folge, „actio denegata". Der „actio danda" stand die „a. non

denegauda" gleich, wie umgekehrt die Anweisungen der Juristen zum „dare" und zum „non denegare actionem" auf ein und dasselbe hinauslaufen.

Eine Schwierigkeit, die wohl schon manchen beschäftigt hat, mag hier beiläufig berührt werden. Sowohl das S. C. Vellaeanum wie das Macedonianum scheinen das „dari" der actio verboten zu haben[1]), „ne in eas actio detur", „ne cui actio petitioque daretur". Wir wissen aber, daß gleichwohl in der großen Mehrzahl der Fälle dieses Dationsverbot nicht zu einer Denegation, sondern vielmehr zur Erteilung der Formel mit inserierter „exceptio S. C. Vellaeani" oder „Macedoniani" führt. Müssen wir nun auch bekennen, darüber noch immer mangelhaft unterrichtet zu sein, wieweit der Prätor befugt war, eigentlich ihm obliegende Untersuchungen auf den Judex abzuwälzen, und andrerseits eigentlich dem Judex zustehende Untersuchungen in die eigene Kognition zu ziehen, so bleibt es doch auffällig, daß der Prätor mit einer gewissen Regelmäßigkeit den Befehlen des Senates nur halb entsprochen haben sollte. Denn nach dem, was als altbekannt gilt, wirkt die Denegation, welche das Zustandekommen der Litiskontestation und damit den Eintritt der Konsumption ausschließt, ganz anders als die Gewährung der Aktion mit Exzeption. Blicken wir nun aber auf den Pandektentitel „quarum rerum actio non datur", so sehen wir auch diesen mitten in das Edikt der Exzeptionen gestellt und das Nondationsgebot wiederum regelmäßig durch Exzeptionserteilung erfüllt.

Bei der Unvollkommenheit und Unsicherheit der Überlieferung wird es schwer halten, zu völlig festen Resultaten zu gelangen. Immerhin aber könnte man sich zu der Vermutung gedrängt fühlen, daß „non dari actionem" und „non dari iudicium" doch verschiedene Dinge gewesen seien, und daß „non dari actionem" in doppelter Weise, durch Verweigerung von Richter und Formel oder durch Einsetzung des Richters und Gewährung der Formel mit eingerückter Exzeption sich hätte verwirklichen lassen. Zur Unterstützung könnte man sich darauf berufen, daß auch, wo eine prae-

[1]) Vgl. Wenger, Actio iudicati, § 17.

scriptio pro actore gegeben sei, die „actio“ nur bezüglich der in dieser praescriptio ausdrücklich genannten Stücke des „quod venit in actionem“ als gegeben gelte. Ähnlich sei die „actio“ bei inserierter Exzeption nur unter der Bedingung gegeben und folgeweise wirksam, daß die Bedingung der Ausnahme defiziere, für den Fall, daß gegen das Vellaeanum oder das Macedonianum verstoßen werde, solle die actio als überhaupt nicht gegeben gelten.

Unbedenklich ist diese Annahme nicht, sie scheint als Konsequenz zu erfordern, daß, wo die Abweisung der Klage wegen der Exzeption erfolgt, die Konsumption hätte ausbleiben müssen. Ja, es hätte auch fraglich erscheinen können, ob, wo der Prozeß gar nicht zur Entscheidung kam, sondern etwa der Verjährung unterlag, eine exceptio rei in iudicium deductae zu begründen gewesen wäre.[1])

Die Entscheidung, ob und welche Verschiedenheiten zwischen dem „actionem“- und dem „iudicium dari“ bestanden, mag andern überlassen bleiben.

II. Gründe der Denegation.

Wenden wir uns nun zu Schott. Unter Anlehnung von Bülow bespricht er in § 4 die Gründe der Denegation, welche nur in iure untersucht werden sollten, und führt als solche auf: Mangel der Zuständigkeit, der Zulässigkeit des Rechtswegs, der Prozeßfähigkeit und Postulationsfähigkeit, Unterlassung der Kautionsstellung sowie der Erfüllung anderer dem Kläger in iure obliegender Verpflichtungen. Der folgende Abschnitt § 5—7 „keine Denegation infolge mangelnder Editio formulae“ wird nachher ausführlicher besprochen

---

[1]) So wohlbegründet die von Lenel jetzt auch in der französischen Ausgabe seines Edikts festgehaltene Meinung scheinen mochte, daß es nur eine exceptio rei iudicatae vel in iudicium deductae gegeben habe, so dürfte sie doch gegenüber den Einwendungen von Eisele in der Zeitschr. XIX, 1 kaum aufrecht zu erhalten sein. Vgl. jetzt auch die Fragmente von Autun, 110:

> opponitur exceptio rei in iudicium, hoc est si adhuc pendet iudicium, ... um deductae, si iudicata in legitimo iudicio, rei iudicatae,

auch wenn über die Glaubwürdigkeit dieser Stücke an letzter Stelle noch nicht entschieden sein sollte.

und ist deshalb hier zu übergehen. Dann § 8—12 „Denegatio aus Gründen, deren Prüfung auch in iudicium hätte überwiesen werden können“, im einzelnen: Befriedigung und Verwandtes; Verstoß gegen Sitten und Gesetz; Unmöglichkeit und Unvermögen; Bedingung und Befristung; Urteil, Eid, Anerkenntnis, Vergleich; Vertretung; Sachlegitimation, Aktiv- wie Passivlegitimation, Erbrecht; Rechtsfragen. § 13 „Die Unbeschränktheit des Denegationsrechtes“: keine Ermächtigung durch spezielles Gesetz erforderlich; keine vorherige Ankündigung durch das Gesetz, kein ediktalischer Vorbehalt der causae cognitio, keine Beschränkung auf prätorisches Recht, keine auf das iudicium imperio continens, keine auf liquiden Sachverhalt. Dazu dann S. 130—135 noch Ausführungen, daß „die Denegation keiner Abänderung durch andere Magistrate unterliegt“, da über dem Prätor keine höhere Instanz stehe und die Interzession stets nur hemmend, nie zum Schaffen zwingend, wirken könne.

Viel Neues erfahren wir mit dem allen nicht, immerhin wird man das in annähernder Vollständigkeit wohlgeordnet vorgelegte Quellenmaterial als brauchbare Gabe dankbar entgegennehmen. Gleich eine Nutzanwendung. Zweifellos hat über den Inhalt seines Jahresedikts ausschließlich der antretende Magistrat zu entscheiden, freilich nur innerhalb in alter Zeit durch das mehr und mehr sich befestigende Gewohnheitsrecht und seit Hadrian gar durch Kaisergesetz eng gezogener Schranken. In diesem Edikt stehen die Aktionen verzeichnet, die der Prätor regelmäßig zu geben gedenkt; die beiden Fragen, ob zu diesem Bestande auch einige altertümliche Gebilde gehörten, deren Zulässigkeit so allgemein bekannt gewesen, daß es ihrer Anführung im Edikt gar nicht bedurft hätte, und zweitens, wieviel von den Details der Formeln im Edikt gestanden, können hier unbeantwortet bleiben; dagegen mag noch hervorgehoben werden, daß neue nicht ediktsäßige Formelgebilde keinesfalls gegen den Willen des im Amte befindlichen Magistrats zur Anwendung gelangen konnten. Im konkreten Falle aber, darin stimmen wir vollständig mit Schott überein, konnte eine actio nur gegeben werden, wenn der Prätor sie geben wollte. Kein anderer konnte das „Titius iudex esto, si

paret ... condemnato, s. n. p. a." mit Erfolg sprechen als der Prätor selber, und zu dem Sprechen ihn zu zwingen vermochten die Parteien so wenig wie irgend ein anderer Magistrat. Hiernach muß denn auch die Behauptung aufrecht erhalten bleiben[1]), daß der Prätor das ganze Aktionenmaterial in seinem Verschluß hatte. Wider seinen Willen kann weder die Masse der actiones dandae gemehrt werden, noch im einzelnen Falle ein Judizium zustande kommen.

Mehr als bedenklich aber erscheinen die Folgerungen, zu denen Schott selber sich hingedrängt fühlt.

> S. 124. Das Ergebnis dieses Abschnitts ist somit, daß nach den Quellen das Denegationsrecht des Prätors in keiner Weise eingeschränkt war. Es waren ihm keine Grenzen gesetzt durch staatsrechtliche Sätze, denn es bedurfte keiner gesetzlichen Ermächtigung oder ediktalischen Ankündigung. Es war nicht beschränkt durch das Privatrecht, denn der Prätor hatte es sowohl bei zivilen wie bei prätorischen Klagen. Und es war auch nicht durch prozeßrechtliche Vorschriften gehemmt, denn es stand dem Prätor im iudicium legitimum wie im iudicium imperio continens zu, und es war ihm nicht bloß in liquiden Fällen gegeben, sondern er hatte auch bei bestrittener Sachlage zwecks seiner Ausübung das Recht der causae cognitio.[2])

---

[1]) Gegen Ehrlich, Zur Theorie der Rechtsquellen I S. 144f., der den Aktionenprozeß älterer Zeit und den Formularprozeß, den Gaius vor Augen hat, wie ihn die Hadrianische Reform und mutmaßlich auch schon die Julischen Gesetze gestaltet hatten, nicht genügend auseinanderhält, und zudem Gai. IV, 33 falsch interpretiert. — [2]) Hier erwacht, wenn wir alle Spezialausführungen Schotts einstweilen als richtig gelten lassen, zunächst das rein logische Bedenken, weshalb nach Darlegung

I. (§ 4) der nur in iure zu untersuchenden Denegationsgründe,
II. (§ 8—12) der entweder in iure oder in iudicio zu untersuchenden Gründe gleicher Art,
III. (§ 13) der für das Denegationsrecht indifferenten Momente

die mit I. und II. gegebenen Schranken durch III. ihre Kraft verlieren sollten? Vielmehr liegt der Schluß nahe, daß, wenn alles unter III. genannte, 'Ermächtigung durch spezielles Gesetz', 'Ankündigung durch das Edikt', 'Vorbehalt der causae cognitio' usw. als bedeutungslos zu betrachten ist, die unter I. und II. zusammengestellten Regeln des Denegationsrechtes auf dem ganzen Felde ihre Kraft behaupten müssen.

S. 135. Es ist somit kein Beweis dafür erbracht, daß der Kläger die ihm vom angegangenen Magistrat denegierte Aktion von einem andern Magistrate hätte erlangen können. Er kann die Wirkung der Denegation nicht beseitigen, und daraus ergibt sich, daß der Prätor bei seinem Entscheiden über Zulassen oder Nichtzulassen eines Prozesses eine wahrhaft souveräne Macht hat. .... Seine Schranke ist lediglich seine eigene Überzeugung, sein eigenes pflichtgemäßes Ermessen.[1])

Schott hält hier zwei wesentlich verschiedene Dinge nicht genügend auseinander: das Können und das Sollen, im allgemeinen und im speziellen bei einem römischen Magistrat. Wenn die Lex Cornelia verordnet hat „ut ex edictis suis perpetuis praetores ius dicerent" und in einem solchen Edikt zu lesen steht, unter den und den Voraussetzungen „iudicium dabo", dann die als Voraussetzungen genannten Umstände eintreten, so wird man doch wohl sagen müssen, daß der Prätor dieses Judizium geben sollte, zum Geben gesetzlich verpflichtet war, auch wenn der Prätor dasselbe Judizium unter ebendiesen Umständen auch nicht geben konnte und von niemand zum Geben zu zwingen gewesen wäre. Ferner, wenn ein Gesetz gebot, ebenso wie gegen den „confessus" auch gegen den der gar keine Erklärung abgab, oder gegen den der sich mit Sponsion und Judizium nicht so wie es sich gehörte verteidigte, einen Duktionsbefehl zu erlassen, so konnte der Prätor auch hiergegen

---

[1]) Nur konsequent, wenn Schott S. 143 bemerkt:

Nach Bekker soll die actio ein publizistisches Recht gegen den Prätor sein auf „iudicium iudicem dari" und ein privates gegen den Beklagten auf Übernahme des Judiziums.

Das Recht gegen den Prätor soll als publizistisches Recht direkt nicht durchzusetzen sein; auch wenn der Magistrat die Erfüllung ohne Grund weigern wollte, könne er doch nicht zum positiven Tun gezwungen werden. Von dem Vorhandensein eines solchen Rechts kann aber nach den obigen Ausführungen nicht die Rede sein. Die Partei hat nach römischer Auffassung gar kein Recht auf Formelerteilung und Urteil des Judex. Sie hat nur ein Recht auf das „ius dicere" des Magistrats.

Selbstverständlich bricht diese Konsequenz mit den „obigen Ausführungen" zusammen nieder.

verstoßen und schlechthin „iudicium denegare". Wiederum aber dürfte es keinem Zweifel unterliegen, daß auch dieser Magistrat gegen sein Sollen, gegen die gesetzlich gebotene Pflicht verstoßen hätte.

Und noch ein anderes Beispiel. Wo im Edikt stand „solvere aut iurare cogam" konnte es sich wohl ereignen, daß der Beklagte zum „iurare" so wenig wie zum „referre iusiurandum" Neigung verspürte. Zweifellos hätte es auch in solchem Falle innerhalb der Macht des Magistrats gelegen, von dem „cogere" abzusehen und der ganzen Sache mit Aktionsdenegation ein wenigstens vorläufiges Ende zu bereiten; wiederum aber könnte kein Zweifel bestehen, daß auch hierin ein Mißbrauch der eigenen Macht gelegen hätte.

Nebeneinander im römischen Prozeßrecht stehen das „officium iudicis" und das „officium ius dicentis"; beide wohl zuerst aus der Praxis, dort der Judizierenden, hier der Jusdizierenden unter Anleitung und Nachdruck der erfahrenen Juriskonsulten erwachsen, schließlich vollständig in die Rechtsliteratur übernommen, meist „ius receptum", zum Teil aber wohl auch „ius controversum". Schott führt selber in seinen § 4 und § 8—12 viele größere, speziell auf das Geben und Verweigern der Aktionen bezügliche Stücke vor; hatten diese bindende Kraft oder keine? Es liegt auf der Hand, daß das Sollen des Magistrats damit in feste Bahnen gewiesen war, es wäre kein Sollen gewesen wenn der Magistrat nicht auch anders gekonnt hätte, aber zum Bestande des Rechts erfordern wir auch eben nichts mehr als ein Sollen.[1])

---

[1]) Im römischen Rechte und zumal Obligationenrechte begegnen wir vielen Rechtsverhältnissen, bei denen ein gewisses Sollen ohne jede Zwangsmöglichkeit besteht. Man denke an fr. 28 und fr. 60 pr. de cond. indeb., Interzessionen wider das Vellaeanum, Sklavenschulden und konsumierte Forderungen bei welchen im konkreten Falle keine indirekten Zwangsmittel bestehn, Posten die aus Mündelgeldern zu zahlen der Vormund niemals gezwungen werden konnte, die er aber falls gezahlt bei der actio tutelae directa in Abrechnung bringen durfte, und andere mehr von ähnlicher Art. Sie unterstehn bei den Römern durchaus nicht immer den gleichen Rechtsregeln, und noch mehr springt das Fehlen technischer Bezeichnungen in die Augen: bisweilen wird wol von einem „debitum naturale" geredet, aber keines-

Noch mögen zwei Bemerkungen folgen. Bekanntlich ist es ein alter Streit, ob zwingende Kraft zum Wesen des Rechts gehört. Eine gewisse Tendenz zum Zwange wird man im Recht überall entdecken: der Gesetzgeber will, daß die von ihm gesetzte Ordnung sich verwirkliche. Sein gesprochenes Wort soll kein leerer Schall sein, sondern die Angesprochenen zur Folge veranlassen. Vielfach, tatsächlich in der großen Mehrzahl aller Fälle, genügt hierzu die bloße Autorität des in angemessener Form geäußerten gesetzgeberischen Willens. Aber die gesetzgeberische Potenz weiß auch, daß dies doch nicht überall der Fall sein wird, und sieht sich nun nach äußeren Machtmitteln um, das Gewollte auch widerstrebenden Elementen gegenüber durchzusetzen. So tritt der äußere Zwang in mannigfaltigster Gestaltung ins Leben, stets aber dem einen Naturgesetz unterworfen, daß er niemals zur absoluten Sicherheit der Durchführung des gesetzgeberischen Willens führen kann. Zumal seinen eigenen Organen gegenüber ist der Staat allezeit an lezter Stelle ohnmächtig: er kann den Spruch des einen Richters durch den eines höheren kontrollieren lassen, gegen die höchste Instanz versagt jedes Mittel; er kann die schärfsten Strafen auf die Nichtbefolgung seiner Gebote setzen, aber er kann keine Gewißheit erlangen, daß diese Strafen auch wirklich erkannt und vollstreckt werden. Das gilt für den bestgeordneten Rechtsstaat wie für jeden anderen. Und Rom war durchaus kein Rechtsstaat im modernen Sinne, Magistraten und Richtern waren in der Zeit vor dem Erstarren des kaiserlichen Staates die weitestgehenden Befug-

---

wegs überall, z. B. nicht bei dem wider das Vellaeanum kontrahierten, und bei der Sklavenschuld greift man zur umschreibenden Fiktion „id quod Stichus si liber esset deberet“. Ebenso fehlt bei uns der Name auch für die den römischen verwandten, aber von diesen im einzelnen doch nicht unwesentlich verschiedenen Gebilde unseres Bürgerlichen Gesetzbuchs. Immerhin aber muß ein solches vom Rechte mit bestimmter Wirkungskraft ausgestattetes Etwas als Rechtsding anerkannt und als „unerzwingbares Schuldverhältnis“ bezeichnet werden, wie wir auch auf der anderen Seite das diesem Quasischulden entsprechende Können, zum mindesten als „Zahlung“ nicht als „Schenkung“ annehmen und behalten Können, mit dem Namen eines „unerzwingbaren Rechts“ oder „Rechtsverhältnisses“ belegen müssen.

nisse eingeräumt. Gleichwohl stand ihr ganzes Tun und Treiben unter einem fein entwickelten Recht, nur daß der zur zwangsweisen Durchführung dieses Rechts bestimmte Apparat stets ein wenig entwickelter geblieben.

Und dann speziell für Schott: Innerhalb des „officium iudicis" gibt es ein Gebiet, in welchem dem Judex in der Tat ähnliche Souveränität, „souveräne Macht, beschränkt lediglich durch seine eigene Überzeugung, sein eigenes pflichtgemäßes Ermessen", wie die, welche Sch. für den Magistrat in Beziehung auf das Denegationsrecht behauptet, in Wirklichkeit zusteht. Dies Gebiet ist das der Beweiswürdigung, der Abschätzung des Wertes, der den einzelnen Beweismitteln und ihren Ergebnissen beizumessen ist. Hier sehen wir aber auch, daß die Rechtsgelehrten, welche breit und ausführlich saubere Regeln entwickeln, für das Verhalten der Magistrate in iure, sowie für die richterliche Tätigkeit in Beziehung auf die Fragen, wann eine „actio" als begründet anzunehmen, was als in diese Aktion gehörig (quod venit in actionem) zu betrachten, wie eine Abschätzung vorzunehmen, daß diese selben Gelehrten in Beziehung auf die angedeuteten Beweisfragen so gut wie stumm sind.

III. Bis zur Dation.

Zweifellos ist das „denegare" ein „non dare actionem", gleichviel ob es hiervon noch andere Spezies gegeben oder nicht. Die allgemeinen Bedingungen der Dation müssen auch bei der Denegation gegeben sein, „eius est denegare actionem qui potest dare" gibt eine spezielle Bestätigung, wohl zu vereinen mit der Zurückweisung wegen Inkompetenz, denn der Satz sagt nur, daß der Denegierende überhaupt Dationsmacht, wenn auch nicht für gerade diese Sache, haben müsse.

Versuchen wir nun ein Bild der zur Dation oder zur Denegation führenden Verhandlungen zu entwerfen, so dürfen wir uns hierbei auf eine summarische, absichtlich jede Detailmalerei meidende Darstellung beschränken, aus doppeltem Grunde. Einmal weil der römische Prozeß nicht bloß wenige und darum desto schroffere Gegensätze kennt, vielmehr lang-

sam aus einer Gestalt in die andere hinübergeflossen ist: sehn wir ganz ab von der Manusinjektion und allen etwaigen Nebengebilden des generellen Verfahrens, so muß gerade auf dieses schon die L. Pinaria Einfluß geübt haben, vielleicht auch die Silia und die Calpurnia, sicher die Aebutia und nach dieser die Leges Iuliae; ob bei der Hadrianischen Ediktsreform viel, wenig oder nichts geändert worden, ist völlig unbekannt. Sodann wegen der Beschaffenheit unserer Quellen: Gaius und die erhaltenen Gesetzesfragmente ergeben gerade für diese Fragen nicht viel, Plautus kennt nur den reinen Legisaktionenprozeß, Cicero den einer Übergangsperiode (vgl. Ztschr. f. R.-G. V S. 341 f.), sonach müssen hauptsächlich die Stücke der Justinianischen Gesetzgebung in Betracht kommen. Diese aber sind hier ganz besonders unzuverlässig, schlecht ausgewählt und interpolationsverdächtig. Seit bald zweihundert Jahren hatte die Gesetzgebung dem Aktionenprozesse und damit selbstverständlich der „datio actionum" und allem, was durch gerade sie bedingt war, das Todesurteil gesprochen; war dennoch massenhaft Aktionenrecht in die neue Kodifikation übernommen, so hatte dies seinen Grund lediglich in der ungenügenden Denkkraft der Juristen jener zwei Jahrhunderte, und ganz besonders der Kompilatoren selber. Rechtsgeschichtliches Interesse besaßen diese und durften diese kaum besitzen; die äußeren, ihnen allein bekannten Prozeßformen waren wesentlich neue geworden, Aufnahme fand, was zu diesen irgendwie zu passen schien, umgemodelt im Hinblick auf irgend eine vermeinte Möglichkeit von praktischem Interesse.

Im Stadium der Einleitung laufen Spruchverfahren und Formularprozeß nicht weit auseinander: Injusvokation—Vadimonium. Trotz aller Lückenhaftigkeit unserer Quellen dürfte eine Verständigung über die anzustrengende „actio" beim Vadimonium wie bei der Injusvokation, sobald es sich um das Eintreten eines Vindex handelte, unentbehrlich erscheinen. Anders, wenn ohne Vindex prozessiert wurde. Daß die von Plautus mehrfach bezeugte, mit der Injusvokation verbundene „antestatio" wesentlich bestimmt gewesen, dem Vocatus als „quasi editio actionis" die erforderliche Kunde zu geben, halte ich noch immer für zwar nicht bewiesen, doch wahr-

scheinlich; dem tritt Schott (S. 34) bei. Mehr ist in neuester Zeit das Verhältnis der eigentlichen Edition zu dem „in ius vocare“ besprochen. Im Edikt steht der Titel „de edendo“ vor dem anderen, immerhin ein Grund, wenn auch kein zwingender, ein Voraufgehen der Edition auch im Prozesse anzunehmen. Wenger (Actio iudicati, s. bes. S. 174) glaubt ein doppeltes „edere“, bei der Vokation und darauf in iure, nachweisen zu können.

Hiergegen, und überhaupt gegen jede voraufgehende Editionspflicht, spricht sich Schott des längeren, „keine denegatio infolge mangelnder editio formulae. 1. keine Pflicht zum edere formulam vor dem Erscheinen in iure; 2. keine Pflicht zum edere formulam bei dem Erscheinen in iure“ S. 33—65, mit vielem Pathos aus. Sein Hauptargument ist, daß hierin eine Überlastung des Klägers gelegen hätte, bei jeder Klage wäre der Römer, zumal der ungebildetere, der Hülfe eines Juristen bedürftig gewesen, gleichbedeutend „mit tatsächlichem Bestehn eines Anwaltszwanges, wenigstens für diesen Akt“. Daneben „eine editio formulae wäre auch deshalb zwecklos gewesen, weil der Kläger noch gar nicht wußte, was der Beklagte sagen würde, und infolgedessen, ob die gewählte Formel passen würde oder nicht“.

Wir stehn hier vor dem Produkte eines an sich nicht ganz üblen Gedankens mit einer Lücke in der Kenntnis des römischen Prozeßrechts, die zu einer Verwechselung von Grundbegriffen führt. Besonders deutlich tritt diese im folgenden hervor:

> S. 37, nicht das einfache zivilrechtliche Angeben des Anspruchs, das Individualisieren hätte genügt, sondern der Kläger hätte das Prozeßmittel, die Formula, genau bezeichnen müssen.

Aber war dies in der Tat die schwierigere Aufgabe? Nehmen wir beispielsweise den Fall einer beendeten Vormundschaft: der frühere Mündel glaubt sich verkürzt und will deshalb klagen, was war nun die leichtere Edition?

> ich beabsichtige eine actio tutelae directa gegen den früheren Vormund und bitte mir die entsprechende allgemein bekannte Formel zu erteilen;

oder

mein Vormund hat in dem Jahre die Einnahmen aus meinen Gütern bezogen, durch grobe, in den Handlungen gipfelnde Culpa soviel weniger als zu beziehen gewesen wäre, von bezogenen hat er soviel unterschlagen, und zwar dergestalt, den Rest hat er widerrechtlich schlecht angelegt so und so, daraus sind mir die und die Verluste erwachsen, im folgenden Jahre aber usw.

Gerade die Individualisierung der Ansprüche fordert eine gewisse Rechtskenntnis und gelegentlich viel Zeit, und ist darum von den Römern wohlweislich, mitsamt der ganzen Beweisführung in das Judizium verwiesen worden.[1]) Darum wird in den Formeln, den verkörperten Aktionen, von den zu verfolgenden Ansprüchen, dem „quod venit in actionem", so wenig gesprochen wie von dem zu führenden Beweise, und ebendeshalb steht auch in dem ganzen prätorischen Edikte über diese beiden Dinge nichts zu lesen.

Doch wird man Schott eine Entschuldigung nicht weigern dürfen: nämlich daß auch diejenigen, gegen welche seine Expektorationen sich kehren, den sonst vor- und umsichtig arbeitenden Wenger mit eingeschlossen, ebenso wie andere namhafte Prozessualisten, z. B. Bülow in seiner neuesten Schrift (Klage und Urteil), den Begriff der römischen „actio" noch immer nicht erfaßt, und folgeweise „actio" und „Anspruch" nicht genügend auseinanderzuhalten gelernt haben. Denn unter „Anspruch" haben wir auch früher schon regelmäßig verstanden die Beziehung des Einen zum Andern, nach welcher der Andere dem Einen etwas zu leisten hat, und nach dem BGB. haben wir an gerade dieser Bedeutung erst recht festzuhalten. Wogegen die eigentümliche Art der „actio" eben darin hervortritt, daß sie unabhängig von jeder

---

[1]) Zur Individualisierung gehören bei der a. depositi oder commodati nicht mehr als die Angabe der Beteiligten und des übergebenen Stückes. Ähnlich bei der a. pignoraticia (in pers.) empti, venditi, locati und wohl noch mancher anderen; bei der a. tutelae directa und contraria mag die Angabe genügt haben, daß Numerius Vormund des Agerius oder Agerius Vormund des Numerius gewesen, bei der a. iniuriarium wird eine Angabe betreffs der Art der Beleidigung erfordert. Bei vielen Formeln aber sehn wir uns bezüglich des Quantums der erforderlichen tatsächlichen Behauptungen auf das Raten verwiesen.

Leistungspflicht eine selbständige Existenz zu führen vermag. Wären wirklich „actio“ und „Anspruch“ identisch, so würde man Schott darin recht geben müssen, daß in dem Erfordernis einer „editio actionis“ oder „formulae“ vor oder bei den Verhandlungen in iure eine Überbürdung des Klägers gelegen hätte, deren nächste Folge unerträgliche Verschleppung dieser Verhandlungen gewesen wäre.

Seltsam, daß, während von einzelnen minutiöser Fleiß auf die Durchforschung untergeordneter Fragen des römischen Prozeßrechts verwandt ist, die richtige Erkenntnis des wichtigsten Gegensatzes, „actio de aliqua re“ und „res qua de agitur“, noch immer im Besitze nur einer Minorität, und zwar der minder schreiblustigen Minorität sich befindet. Fast auf jeder Seite der Digesten begegnen wir diesen Ausdrücken, auf manchen vielmals, daneben zumal in denjenigen Titeln, welche die auf ein „quicquid dare facere oportet“ gestellten Aktionen illustrieren, dem entsprechenden Gegensatze des „esse actionem“ und „uenire in actionem“ oder auch „in actione“. Ohne ihr Verständnis bleiben viele Fragmente unerklärbar, ganze Lehren, wie beispielsweise die von der Konsumption, der Stipulation samt der Novation, vom „reus“, auch „correus“, allezeit nebelumhüllt. Und dennoch fehlt der Majorität unserer Romanisten die Energie, von den schemenhaften Gebilden Windscheidscher Produktion, die so wenig inneren Halt und Festigkeit besitzen wie sie quellenmäßig belegt sind, sich loszureißen. Und diese selbe Energielosigkeit hat auch unser geltendes Recht geschädigt; denn der Anspruch des BGB. steht in Wirklichkeit der römischen „res“ näher als der „actio“, ist aber genügend mit Aktionsflittern ausgeputzt, um seinen Bearbeitern wie bisher so auch in Zukunft noch manche kummervolle Stunde zu bereiten.

Doch zurück zu den alten Verhandlungen in iure. Im Legisaktionenprozesse hat der Kläger die Wahl des Spruchformelschemas wie der zur Individualisierung erforderlichen Details. Abgesehn von den Vindikationen, bei denen Beklagter befugt ist, unter Aufgabe des Besitzes eine Entscheidung über das Recht auszuschließen, besteht auch hier schon der Zwang zum „suscipere iudicium“ („quando neque

ais neque negas“), der Angesprochene hat also die Sprüche des Klägers mit der entsprechenden Antistrofe zu beantworten. Bei diesen Wechselsprüchen hat der Magistrat Assistenz zu leisten, und keineswegs bloß passive: allemal hat er, in älterer Zeit wohl mit seinen pontifikalen Beratern, darüber zu befinden, ob die Sprüche normal gelautet haben oder nicht, und anschließend hieran, ob dem Verfahren Fortgang zu geben oder zu verweigern sei (actio danda — deneganda); bei einigen Sachen aber war auch für ihn ein Sprüchel komponiert, ein Befehl wie das überlieferte „mittite ambo hominem“, der sicherlich nicht unbefolgt zu bleiben pflegte.

Im Formularprozeß sind die steifen Spruchformeln gefallen, jede Partei kann sagen was sie will, wie sie will. Damit hat zumal die Verteidigung viel weiteren Spielraum gewonnen. Dabei ist aber nicht zu vergessen, daß wir uns den Übergang von den Legisaktionen zu den Formulae nicht als mächtigen Sprung, sondern als sanftes Hinabgleiten auf einer Stufenreihe zu denken haben; und weiter, daß neben dem Ordinarprozesse auch ein extraordinarer gestanden, bei welchem einzelne Gebilde, wie die petitio fideicommissi, mit den ordinaren in dem Erfordernis einer Cäsur durch Litiskontestation übereinkamen.

Sachlich dürfte soviel nicht als feststehend, aber doch als hochwahrscheinlich anzunehmen sein. Statt eines formulierten Spruches gibt Kläger jetzt nur die „actio“, d. h. dasjenige Formelschema an, in das er seine Klage zu kleiden hat, nebst dem allen, dessen es bedarf, um eine diesem Schema entsprechende konkrete Formel herzustellen. Der Zwang zum „iudicium suscipere“ hatte keine wesentliche Änderung erfahren, wollte Beklagter also weder als „confessus“ noch als „indefensus“ erscheinen, so hatte er seinerseits alles das zu tun, was zum Zustandekommen des Judiziums erforderlich war, Erklärungen abzugeben über die Gestaltung der Formel, die Person oder die Personen der Richter, Kautionen zu stellen usw. Regelmäßig müssen diese Verhandlungen rasch und glatt abzumachen gewesen sein, sonst hätte nicht Ein Magistrat für die Streitigkeiten unter

den Bürgern der großen Stadt ausreichen können.[1]) Wohl in den meisten Fällen hatten die Parteien bereits zuvor über Formel und Richter sich verständigt; auch hatte Beklagter, der überzeugt war, daß der Kläger in der Wahl der Formel sich vergriffen, keinen praktischen Grund zum Widerspruch, denn hatte jener nach seinem Begehr die a. commodati erhalten, wo die a. depositi am Platze gewesen wäre, so konnte er, Beklagter, sicher darauf zählen, wegen Nichtexistenz der a. commodati absolviert zu werden. Längere Verhandlungen wurden unentbehrlich, wenn die Parteien übereinstimmend erklärten, nach dem vorhandenen Tatbestande über die zu wählende Formel oder einzelne Zusätze zu dieser, nicht klar zu sehn, da konnte vielleicht noch ein Jurekonsult befragt werden, der dann respondierte: brauchbar erscheine ihm so die eine wie die andere civile actio in diesem Falle, „tutius tamen erit in factum actionem dari"; oder falls es sich um Einfügung einer Exzeption handelte: nötig erscheine ihm zwar eine solche nicht, das officium iudicis reiche aus, aber (vorzüglich wohl darum, weil nicht zu wissen, ob der Judex derselben Meinung sein werde) „tutius erit exceptionem dari".

---

[1]) Schott protestiert gegen meine Behauptung, daß, wenn man von der Annahme ausgehe, daß in der heidnischen Kaiserzeit Rom eine Stadt gewesen, deren Bevölkerung nach Hunderttausenden zählte, man deshalb, weil nur zwei Prätoren zur Leitung des Prozeßbetriebes in Zivilsachen bestellt waren, annehmen müsse einmal, daß in Rom überhaupt relativ wenig Zivilprozesse vorgekommen, und zweitens, daß die Verhandlungen vor diesen beiden der Regel nach sich rasch abspielten, und beruft sich für den Widerspruch auf Zentumviralgericht, Dezemviralgericht, praetores fideicommissarii und namentlich darauf, daß die Ädilen nach Ulpian, fr. I pr. de aed. ed. für alle Kaufsachen kompetent gewesen. Daß die Ädilen wirklich alle Kaufsachen erledigt hätten, wird unwahrscheinlich, wenn man auf den Ursprung der im Buch XVIII und XIX der Digesten zusammengetragenen Stellen sieht. Lassen wir alle weiteren Mutmaßungen und auch den zweiten Prätor beiseite: von dem edictum urbanum haben wir annähernd genaue Kenntnis; daß der Prätor urbanus mit all den hierin behandelten Sachen zu tun gehabt, wird sich schwer leugnen lassen, und es bleibt staunenswert, daß Ein Mann imstande war, den hierauf bezüglichen Ansprüchen der cives in der damals größten Stadt der Welt zu genügen. Richtig ist, daß einzelne Verhandlungen längere Zeit erforderten, spricht aber auch nur dafür, daß die große Mehrzahl der Sachen eine desto schleunigere Erledigung fand.

Ferner wo nichtediktsässige Formeln begehrt wurden, und überall dann, wenn die Meinungen der Parteien betreffs wesentlicher Punkte auseinandergingen.

Über die äußere Gestalt all' dieser Verhandlungen sagt Gaius nichts, und auch aus den übrigen Quellen ist wenig Sicheres zu entnehmen. Der Glaube an völlige Freiheit der Form war früher ein allgemeiner; man wird aber zugeben können, daß hierfür Quellenbelege so wenig wie zwingende Folgerungen sprachen. Undenkbar keineswegs, daß einzelne Stücke des alten Formalismus in den Hadrianisch-Julianischen Prozeß hinein sich gerettet haben sollten, auch nicht, daß einzelne neuere Stücke der Art dazugekommen, bis dem ganzen auf demokratischer Grundlage beruhenden Formularprozesse von der Kaisergewalt ein Ende gemacht wurde.

Solange aber Verhandlungen in iure überhaupt noch stattfanden, machte ein Magistratsbefehl den Schluß. Entweder Abweisung des klägerischen Verlangens, „denegatio", oder Gewährung „datio actionis", mit der Doppelverfügung „Titius iudex esto" und „si paret ..... condemnato, s. n. p. a." Bei all diesen Akten ist der Magistrat frei und eigner Herr seines Entschlusses, als von keiner Seite, von den Parteien so wenig wie von anderen Magistraten gegen ihn irgendwelcher Zwang zu positivem Tun geübt werden kann; negativer, verhindernder Zwang gegen Denegation ebenso unmöglich (denn das wäre Zwang zum Tun gewesen), wogegen die Interzession wider positive Akte zulässig, aber sicher selten war. Umgekehrt müssen die Parteien dem Willen des Prätors sich fügen: Kläger steht vor der Alternative, entweder nichts zu erhalten (Denegation), oder das Gebotene so anzunehmen, wie es dem Magistrate gutdünkt; der Beklagte „cogitur iudicium suscipere", freilich kein direkter, sog. absoluter Zwang, der zur positiven Handlung wohl nirgends zu beschaffen ist, aber das Inaussichtstellen von so großen anderen Übeln, daß kein Vernünftiger zu widerstreben wagen möchte. Daß aber die Magistrate diese ihre Machtvollkommenheit, nach Muster von Verres, häufig mißbraucht hätten, ist für die ersten Jahrhunderte der Kaiserzeit wenig wahrscheinlich. Schon stand in den Schriften der Juristen über

das „officium ius dicentis" viel zu lesen, und gerade die vornehmsten, mit dem „ius respondendi" bekleideten, bekümmerten sich eifrigst um die praktische Rechtspflege. Die Magistrate aber fühlten sich schon nicht mehr als selbständige Vertreter des allgemeinen Volkswillens, dem sie auch ihre Stellung zu verdanken hatten, sondern als abhängige Männer, wenn nicht Diener, doch Amtspfleger, eingesetzt von der Allmacht des Imperators, der auch selber gelegentlich in iure zu erscheinen und bisweilen recht derb einzugreifen pflegte.

Dieser Abschluß der Verhandlungen „in comitio" führt den Namen „litis contestatio", an die das ältere Recht die wichtigsten Folgen des begonnenen Prozesses, insonderheit die Konsumption und die Entstehung der Prozeßobligation („condemnari oportere") anknüpft. Daß die Litiskontestation ihren Namen von einer wirklichen „contestatio" (Zeugenaufruf) erhalten, ist so gut wie bewiesen, gewiß, daß die Litiskontestation des Justinianischen Prozesses ohne Zeugenaufruf sich vollzog. Wann der Zeugenaufruf in Wegfall gekommen, darüber können verschiedene Mutmaßungen bestehn, so namentlich für den zur Zeit von Gaius in Übung stehenden Prozeß. Dagegen wissen wir direkt aus Gaius, daß der Moment der Entstehung der beiden Rechtsfolgen, Konsumption und Prozeßobligation damals „litis contestatio" genannt wurde (vgl. Gai. III, 180—81). Der ganze Prozeß erfordert ein Zusammenwirken von Gericht und Parteien, ob aber speziell die Gaianische Litiskontestation Kontrakt auf privatrechtlicher oder autoritativer Befehl auf staatsrechtlicher Grundlage gewesen, darüber habe ich schon einmal (Sav. Ztschr. XV, Nr. 3, besond. S. 177 f.) geschrieben wider Wlassak. Direkter Widerspruch gegen meine Behauptung, daß Konsumption und Prozeßobligation als Folgen des Magistratsaktes, Erteilung der Formel aufgefaßt werden müßten, ist mir nicht zu Gesicht gekommen, wohl aber indirekter, da Lenel, Wenger und neuerdings auch Schott, der die Macht des Prätors über die Parteien und die Ohnmacht dieser gegen den Prätor fast noch schärfer betont als ich selber, annehmen, daß unter der „litis contestatio" irgend ein der Formelerteilung nachfolgender Privatakt zu

verstehn sei. Wider alle diese energisch Hölder, Die Litiskontestation des Formularprozesses, Dekanatsprogr. v. 1903. Diesem Widerspruch kann ich in allem Wesentlichen beitreten, so namentlich auch den Ausführungen gegen Kübler und Trampedach, sowie der Entwickelung, daß „testes estote“ nicht heißt „vernehmen sollt ihr, was ihr zu bezeugen haben werdet“, sondern „bezeugen sollt ihr, was ihr bereits vernommen habt“. Deshalb darf ich mancher speziellen Entgegnung mich überhoben fühlen, möchte aber doch den Kern der Frage hier auch selbständig noch behandeln „de eadem re alio modo“.

IV. Die Litiskontestation.

Ratsam scheint zuvörderst das Objekt der Debatte, die „res qua de agitur“ genau festzulegen. Nach Gaius (III. 180—81) haben wir anzunehmen, daß die beiden Hauptwirkungen des Prozesses, Konsumption und Prozeßobligation, in einem und demselben Augenblicke eintraten und daß man diesen mit dem Namen „litis contestatio“ bezeichnete. Wir streiten über die rechtliche Natur desjenigen Tatbestandsstückes, an welches die genannten Rechtsfolgen angeschlossen waren: jedenfalls Erklärung, Willenserklärung; aber wessen? des Magistrats oder der Parteien? Die Entscheidung dieser Frage ist ersichtlich von Bedeutung für die Beurteilung der rechtlichen Natur des ganzen Formularverfahrens. Zuzufügen ist noch, daß wir hierbei ausschließlich auf den zu Gaius Zeit geltenden Prozeß sehn wollen, und deshalb alle etwaigen Brocken des Ciceronianischen Prozesses nicht mehr Anspruch auf Beachtung haben als die des Justinianischen Rechtes.

Ausgeschlossen vom Streit ist die andere Frage, ob um diese selbe Zeit der Ausdruck „litem contestari“ auch für irgendwelche andere Akte im Gebrauch gewesen. Wer die gewiß wenig löbliche Sitte der Römer kennt, denselben Ausdruck, bald ein Wort, bald mehrere, wie „utilis actio“, „naturalis possessio“, „ius ciuile“, in verschiedenen, zuweilen in recht lockerem Zusammenhange stehenden, zuweilen ineinander überfließenden Bedeutungen zu gebrauchen, würde

auf derartige Entdeckungen nur wenig Gewicht zu legen vermögen.

In Kellers Ausführungen dürfte der „ideelle“ Zeitpunkt sich am wenigsten als haltbar erweisen, darum, weil mit diesem Ausdrucke ein wirklich handfester Begriff schwer zu verbinden ist. Sieht man ab von dieser ungeschickten Bezeichnung, so erscheint seine Darstellung noch immer als richtig, wenn auch vielleicht in einer Beziehung nicht als voll ausreichend. Keller bestimmt den Zeitpunkt der Litiskontestation vorwiegend (und nach Gaius richtig) nach den durch sie zu bewirkenden Rechtsfolgen, als den Augenblick, in dem die Quasinovation sich vollzieht, das „dari oportere“ konsumiert und das „condemnari oportere“ geschaffen wird. Als den für das Eintreten eben dieses Augenblicks maßgebenden tatsächlichen Vorgang nennt er die Erteilung der formula. Dagegen ließe sich einwenden, daß diese Erteilung mehr einen Zeitraum zu erfüllen als einen einzelnen Zeitpunkt zu markieren geeignet scheinen dürfte.

Das uns relativ wohlbekannte prätorische Edikt ist ein von dem Selbstbewußtsein der Machtfülle strotzendes Programm [1]: Ich gebiete und verbiete, werde viel gewähren und geben, befehlen und zwingen; „dabo“ und „cogam“ spielen große Rollen. Innerhalb dieses ganzen Machtgebietes hat der Prätor die letzte Entscheidung in seiner Hand, Zwang wider ihn ist so gut wie ausgeschlossen. In diesen Bereich gehört auch der Erlaß der uns in den Grundlinien ihres Baues gleichfalls wohlbekannten Formeln: „Titius iudex esto“ und „si paret . . . . . condemna, s. n. p. a.“ Was in die Formel kommt, ist das von Parteien gelieferte Material; aber es kann doch kein Wort ohne das entsprechende Wollen des Magistrats hineingebracht, kein Wort daraus entfernt werden. Sobald also dieser prätorische Erlaß perfekt geworden, muß das „condemnari oportere“ entstehen, es kann nicht früher und nicht später ins Leben treten. Nicht ebensofest ist die Konsumption an den Formelerlaß gebunden. Ein

[1]) Die konsequente Ausgestaltung der alten „tria uerba“. Dementsprechend bezeichnen auch die Fragmente der Gesetze, die in direkter Überlieferung auf uns gekommen sind, den Prätor stets als denjenigen, dem das „dare iudicem, — iudicium, — actionem“ zusteht.



„condemnari oportere“ ohne das Korrelat der Konsumption wäre durchaus keine logische Unmöglichkeit; daß es eine Zeit gegeben, wo diejenigen Aktionen, welche nach Gaius zur Durchführung der Konsumption einer „exceptio rei in iudicium deductae“ oder „rei iudicatae“ bedurften, anfangs ohne alle Konsumptionskraft bestanden hätten, ist keine von vornherein abzuweisende Vermutung. Desgleichen wäre nicht undenkbar, daß einstmals auch an solche gerichtlichen Parteiverhandlungen, die im besondern Falle zu keinem „condemnari oportere“ führten, Konsumptionsfolgen sich geknüpft hätten. Beides aber würde recht unbehagliche Zwitterzustände geschaffen haben, und muß nach Gaius (III. 180—81) als zu seiner Zeit ausgeschlossen gelten.

Nun müssen wir uns in das dunkle Gebiet begeben; der Tatbestand der Formelerteilung ist unbekannt. Außer dem Wortlaut mancher Formeln wissen wir, daß jede fertige Formel ein Schriftstück war, das beweisen die „praescriptiones“ und die „praescripta uerba“, und wenn Hinz und Kunz nicht wissen, wer der Schreiber gewesen, so hört ein scriptum deshalb doch nicht auf, scriptum zu sein. Wie wir bei den Gesetzen Feststellung des Wortlauts, Ausfertigung und häufig Publikation zu unterscheiden pflegen, so dürften wir auch hier nach jener Feststellung, der Fertigung des Schriftstücks und der Mitteilung an die Beteiligten zu fragen haben. Der Wortlaut ist der Ausdruck des prätorischen Wollens, also prinzipiell und seiner Wirkung nach stets Werk des Magistrats, gleichgültig wieviel im einzelnen Falle die Wünsche der Parteien oder die Routine des Kanzleipersonals dazu beigetragen. Bei der Niederschrift oder anderen Arten der Ausfertigung könnten die Parteien mitgewirkt, auch den Empfang der Zustellung, wenn diese nicht schon einen Teil der Ausfertigung bildete, zu bestätigen gehabt haben. In diesem bescheidenen Umfange erscheint sonach eine Mitwirkung der Parteien bei „Erteilung der Formel“ als annehmbar, desgleichen, daß man diese Parteientätigkeit, altem Brauche folgend, gelegentlich „litem contestari“ geheißen hätte. Was dann aber die praktische Wirksamkeit dieser von den Parteien vorzunehmenden Litiskontestation beträfe, so könnte sie

auf den Wortlaut der Formel niemals Einfluß geübt haben,
wenn von beiden Teilen überein unterlassen, die Fertigstellung der Formel verhindert und damit den Eintritt der Konsumption und der Prozeßobligation ausgeschlossen haben,
wenn einseitig vom Kläger, Erfolg einer Denegation, gleichviel ob diese stets ausdrücklich auszusprechen oder auch stillschweigend anzunehmen gewesen,
einseitig vom Beklagten, so hat dieser das zum „suscipere iudicium" Erforderliche unterlassen, und es folgt das entsprechende „cogere".

Noch mag wiederholt werden, daß Parteihandlungen vor der Formelerteilung, auch wenn sie von einer Sollvorschrift erfordert und für die Information des Magistrats von Nutzen gewesen sein und vielleicht gar den Namen „litis contestatio" geführt haben sollten, niemals ein „condemnari oportere" zu begründen und darum im Gaianischen Prozesse auch keine Konsumption zu bewirken vermocht haben würden. Ähnliche Parteihandlungen nach beendeter Formelerteilung aber wären allezeit auf fertige Konsumption und Prozeßobligation gestoßen ohne jeglichen Einfluß auf diese, gleichviel, ob sie vorgenommen oder unterlassen wurden. Was aber zweifellos den Parteien stets freigestanden, das war, durch gemeinsame Unterlassungen, zumal Nichterscheinen in den Terminen vor der Gewährung der Formel diese, und nach der Formelerteilung den Richterspruch unmöglich zu machen.

Die Fragen, einmal ob, was hier nur als Möglichkeit gesetzt ist, die Mitwirkung der Parteien bei der Formelerteilung in Wirklichkeit Bestand gehabt habe, sodann ob, wenn diese Frage zu bejahen wäre, wir nach Beschaffenheit der zugänglichen Quellen imstande sein würden hinsichts der Gestalt dieser Mitwirkung nicht bloß zu vagen Vermutungen sondern auch zu wirklichem Wissen zu gelangen, endlich, welchen Wert dies Wissen haben könnte, wollen wir auf sich beruhn lassen.

Eine neuere Abhandlung „Über die litis contestatio des Formularprozesses“ von Hölder ist in diesem Bande unserer Zeitschrift S. 197 f. erschienen. In der Hauptsache mit der älteren übereinstimmend, im einzelnen tiefer und eindringlicher, ist sie selbstverständlich im ganzen auch unserer Zustimmung gewiß, die sich freilich nicht auf (vgl. S. 215) die Gleichstellung der „dem Beklagten gegenüber erfolgenden editio actionis“ mit der „Bezeichnung des erhobenen Anspruchs“ erstrecken kann; doch mehr darüber bald an anderer Stelle. In Einzelheiten aber weicht Hölder jetzt auch von den Aufstellungen seines Dekanatsprogrammes ab. Am interessantesten wohl, daß, während das Dekanatsprogramm (S. 8) noch an der älteren Lehre festhielt, „Im Formularprozeß finden wir jene (von Festus bezeugte) Zeugenaufrufung nicht mehr“, er jetzt, wie ähnlich Schott, die Zeugen auch für den Formularprozeß erfordert.

> S. 208: Das iudicium ist ordinatum, wenn ein bestimmter Rechtsstreit einem bestimmten iudex zur Entscheidung überwiesen ist. Diese Überweisung setzt Festus als erfolgt voraus, wenn er sagt, die L. C. erfolge „iudicio ordinato“. Seine Bestimmung bezieht sich daher auf den Formularprozeß.

Wäre der in Frage stehende Satz ein zweifelloser Ausspruch von Festus, und von Hölder ebenso zweifellos richtig interpretiert, ich würde ihm gleichwohl den Glauben weigern, weil in allen eigentlich juristischen Quellen auch nicht die mindeste Spur eines Zeugenaufrufs im Formularprozesse zu entdecken, und ebenso nicht abzusehn ist, welchen Nutzen er hier noch gebracht haben sollte.

Zu dem kommen zwei Bedenken. Wir kennen die Stelle aus Paulus Diaconus; Jahrhunderte trennen diesen von Festus, und wieder Festus von Verrius Flaccus. Und Verrius selber ist weniger Jurist als Grammatiker, ein Kompilator, welcher die Quellen, aus denen er geschöpft, nur bisweilen namhaft macht. Die Stelle, der auch das „duo pluresue“ einen eigentümlichen Beigeschmack verleiht, denn mit diesen „plures“ werden wohl recht seltene Fälle berührt, ist also vielleicht erheblich älter als Verrius, und sicher durch viele Hände gegangen, bis sie auf uns gekommen.

Und ferner: muß „iudicio ordinato“ mit „iudice dato“ gleichbedeutend sein? Über „ordinato iudicio“ mag allerlei sich konjekturieren lassen, unter anderem: mit dem Ausdruck werde derjenige Augenblick bezeichnet, in welchem, nachdem der Magistrat und sein Beirat im Legisaktionenprozesse den von den Parteien geführten Spruchwechsel als korrekt anerkannt, er die Sache deshalb in den „ordo iudiciorum“ eingetragen hat. Damit war die Einsetzung eines Gerichts nach dreißig Tagen gesichert und die „res“ zur „lis“ gemacht. Unmittelbar hieran schloß sich die „litis contestatio“, deren praktischer Nutzen nicht zu verkennen gewesen wäre.

Werfen wir schließlich einen Blick auf dasjenige Quellenstück, bei dem jeder Verdacht einer Fälschung fernliegt, während darin die reichsten Andeutungen des Verfahrens seiner Zeit zu finden sind. Die L. Rubria befiehlt dem Magistrat dreierlei: „ius dicito“, „iudicium dato“, „iudicare iubeto cogito“. Zwei und drei deckt sich offenbar mit der Formelerteilung, „Titius iudex esto“ und „s. p. condemnato s. n. p. a.“; und zwar scheint es, als ob unter dem „iudicium dato“ ausschließlich die Einsetzung des Gerichts zu verstehn wäre, was nicht ausschließen würde, daß an anderen Stellen bei dem „iudicium dare“ an beides, Einsetzung und Kondemnationsgebot, gedacht würde. Weniger bekannt ist uns das „ius dicere“ des Magistrats als eine auf den konkreten Prozeß („de ea re ita ius dicito“) bezügliche Handlung. Eröffnung des Verfahrens in iure? etwa mit der Bedeutung, daß erst nach dieser die von den Parteien abzugebenden Erklärungen verbindlichen Charakter annähmen und als wirkliches „agere“ (non potest agi cum concione) zu gelten hätten? Dann hätte es auch wohl zwei Arten der Denegation gegeben: Nichtzulassung zu dem Verfahren in iure und Verweigerung der actio auf Grund der in iure geführten Verhandlungen? Leider hat Schott diese Frage nicht in Betracht gezogen; ich möchte sie für erwägenswert halten, müßte aber bekennen, verschiedenes nicht zu wissen, weder den für den Entscheid (Zulassung oder Nichtzulassung) ausschlaggebenden Tatbestand, noch die Form dieser „iuris dictio“.

In demselben Gesetze findet sich dann auch „quos inter id iudicium accipietur lisve contestabitur“. Damit ist auf einen Zusammenhang der Litiskontestation mit einer Vereinigung oder wenigstens Verständigung unter den Parteien gewiesen. Aber aus demselben Gesetze erhellt auch, daß diese Vereinigung doch nur eine halbfreiwillige war, da dem das „iudicium accipere“ weigernden Beklagten ein sehr böses „cogi“ droht, und daß sie in iure zu geschehn und die Grundlage für das „iudicium dare“ und „iudicare iubere“ des Magistrats zu bieten hatte. Noch mag aber wiederholt werden, daß zwischen dem hier gedachten Verfahren und dem der Zeit Ciceros, sowie dem Gaianischen nicht unerhebliche Differenzen bestanden haben können.

V. Allerlei.

Kehren wir nochmals zurück zu dem, was der Litiskontestation voraufging. Über die Form dieser Verhandlungen mögen sich, wie schon bemerkt worden, allerhand plausible Hypothesen aufstellen lassen, daß der Bestand des erhaltenen Materials uns gestatte, zu festem Wissen durchzudringen, bleibt zweifelhaft. Anders der Inhalt: unerläßlich die Bitte des Klägers um „datio actionis“, Formelerteilung. Also entweder Angabe eines der allbekannten Formelschemata und der zur Individualisierung erforderlichen Tatsachenbehauptungen, oder, aber zweifellos nur in einer kleinen Minderzahl der Fälle, Begehr eines nicht ediktsässigen, überhaupt noch nicht allgemein anerkannten Rechtsmittels. Solchem Ansuchen konnte wenigstens in dreierlei Art entsprochen werden: Gewährung einer neuen actio in factum; Anhalten der Parteien zu dem vermeintlichen Anspruche, sich selber die erforderliche actio durch Stipulation zu schaffen[1]), etwas, wozu der Kläger meist gern bereit gewesen sein dürfte, der Beklagte aber vom Prätor gezwungen werden konnte; endlich dadurch, daß der Prätor selber extra

[1]) Es ist wohl keine allzu kühne Konjektur, daß auch die „stipulationes praetoriae“ anfangs lediglich „ex aequitate“, vielleicht auf Anraten eines Jurekonsulten im besonderen Falle gegeben und erst später in das Edikt aufgenommen wurden.



ordinem den fraglichen Anspruch durchprüfte und ex aequitate entschied[1]), wie er dies quellenmäßig gewiß anfangs bei den Fideikommissen getan hatte. Einzelne Fälle zu konstatieren, wo derartiges geschehn, sind wir gänzlich außerstande, wirkliche Bedeutung für die Rechtsentwickelung erlangten sie nur, wenn dem ersten prätorischen Entscheide andere analoge folgten und so eine neue Regel schufen, aus dem dekretalen ediktales Recht machten. In der Zeit nach Hadrians Ediktsreformation dürfte der Anspruchsschatz wohl am meisten durch das direkte Eingreifen der Magistrate erweitert sein, neue Fälle der „actiones in factum" außerhalb des Gebietes der unbenannten Realkontrakte werden nicht viele sich nachweisen lassen[2]), neue Stipulationes praetoriae vielleicht gar keine.

Derjenige Beklagte „qui suscipit iudicium" „qui defendit rem" kann bei seiner Verteidigung zwei verschiedene Ziele verfolgen: entweder, daß die „datio actionis" unterbleibe, oder daß „data actione" ein ihm günstiges Urteil zu erwarten stehe. Der Erfolg der „denegatio actionis" ist sofortige Befreiung aus der Zwangslage, in welche er durch die Einleitung des Prozesses versetzt ist, aber da keine Formelerteilung, keine Litiskontestation, überhaupt kein Ereignis, an welches die Konsumption geknüpft wäre, stattgefunden, hat er auch keine Sicherheit für die Zukunft, keine Garantie gegen beliebige spätere Wiederaufnahme des Verfahrens, oder korrekter gegen eine neue „actio de eadem re". Alles anders wenn die actio gegeben wird: keine Befreiung von den Lasten des schwebenden Prozesses, aber sobald „actio data est" Konsumption der Sache, und nach einem günstigen Erkenntnis totale oder partielle Ertötung des in

---

[1]) Kann sein, daß zu und nach Gajus' Zeit eine andere Art der Mehrung zu schützender Ansprüche größere Bedeutung gehabt; nämlich daß bei den Kondiktionen, bei denen ohne jegliche Angabe des Klagegrundes die Formel ausschließlich auf ein „Numerium Agerio XXX dare oportere" gestellt wurde, immer mehr Gründe solches „dari oportere" Anerkennung gefunden hätten. Aber mit dieser Rechtsfortbildung hatte der Prätor nicht das mindeste zu tun, da sie ganz und ausschließlich in das Officium iudicis fiel. — [2]) Daß auf allgemeine Redewendungen, wie sie uns im Titel „de praescr. verb." begegnen, wenig zu geben ist, braucht kaum gesagt zu werden.

den Prozeß gebrachten Anspruches. Ohne dem Beklagten völlig freie Wahl zuzuschreiben, werden wir doch anerkennen müssen, daß zu dem einen Ziele andere Wege führten, als zu dem zweiten. Gegen die Gewährung einer neuen, nicht ediktsäßigen Formel mag allezeit recht viel zu sagen gewesen sein, gegen die im Edikt versprochene oder sonst längst im Gebrauch befindliche desto weniger. Dagegen kamen hier die allgemeinen und speziellen Denegationsgründe in Frage, von denen wenigstens ein großer Teil Berücksichtigung nur finden konnte, wenn Beklagter ausdrücklich auf sie verwiesen hatte. Die andere Art der Verteitigung strebt Zusätze zur Formel an, die hier nicht näher zu betrachten sind. Wir sehn nur auf die „datio" und die „denegatio actionis", Front und Kehrseite eines und desselben Rechtes. Denn dieselbe Regel, welche dem Prätor gebietet, die actio unter bestimmten Voraussetzungen zu geben, verbietet sie zu geben, wo diese Voraussetzungen nicht bestehn, und das Verbot des Gebens ist identisch mit dem Gebot des Denegierens; „ius denegationis" ist eben ein integrierender Teil des „ius dationis", ohne diesen stünde der Prätor einem Automaten gleich, der auf jeglichen Anstoß sein Kärtchen, hier die „formula" herauszugeben hätte. Ebenso aber wie das Dationsrecht nicht ohne korrespondierendes Denegationsrecht bestehn konnte, scheint es selbstverständlich, daß, sobald die „datio actionum" aus dem römischen Prozesse verschwunden war, auch keine „denegatio" mehr stattfinden durfte.

Dies alles sind bekannte, auch von Anderen schon gesagte Dinge, die in Schotts Ausführungen wesentlich umgestaltet erscheinen. Ihm ist die denegatio (vgl. S. 138 u. a.) ein „eigenartiges Institut", bei welchem „die Hauptfrage, zu welchem Zwecke die Römer dieses in ihren Zivilprozeß eingeführt haben?"; sie sei eine „Sachentscheidung" (auch wenn sie beispielsweise von dem Prätor urbanus gesprochen wurde, weil er den Kläger für einen Peregrinen hielt? war damit ein späterer Nachweis der klägerischen „ciuitas" oder sonst eines Rechtsverhältnisses abgeschnitten oder festgestellt?). Wann die Denegation aus der Übung gekommen, scheint ihm eine schwierige Frage zu sein (S. 155 f.). Die

praktischen Erfolge des Denegationsrechtes werden rosig gemalt,

> Alle s. g. einfachen Prozeßsachen und auch die mit nicht ganz großer Raffinerie angelegten chikanösen und faulen Prozesse wurden [in iure] erledigt, und wurde der Gegner nicht weiter mit dem schleppenden Gange und den Gefährlichkeiten der Laienprüfung und Laienrechtsprechung behelligt (S. 148).[1])

Wie der Prätor imstande gewesen sein sollte, bei den Verhandlungen in iure, z. B. wo eine a. tutelae, sei es directa oder contraria, erbeten war, die faulen und chikanösen Sachen herauszuspüren, ist nicht recht ersichtlich, immerhin kann zugegeben werden, daß durch die Denegationen im allgemeinen eine Verminderung der Judicia im e. S. herbeigeführt wurde, auch daß häufig, wer einmal eine Denegation erfahren, keinen weiteren Versuch zu machen geneigt gewesen sein möchte. Bei Schott aber, wieder auf S. 148, nimmt diese Vermutung eine seltsame Gestalt an:

> in den meisten Fällen wird sich die Partei ... genau so gefügt haben, wie sie sich bei uns mit dem Spruche erster Instanz in der Regel zufrieden gibt. Außerdem wirkte inzwischen die Verjährung.

Welche Verjährung? Prozeßverjährung, wenn es zum eigentlichen Prozesse gar nicht kommt? oder Klagenverjährung? im Prozeß der klassischen Periode? oder sollte hierbei wirklich nur an die dazumal noch recht raren Annalklagen gedacht werden?

Auch auf andere mit den Denegationen nicht in unmittelbarem Zusammenhange stehende Fragen bekommen wir hie und da überraschende Antworten. So erfahren wir (S. 144):

---

[1]) Hier wird übersehn, daß der Gegensatz des Laienrichters und des Beamten keineswegs zusammenfällt mit dem des studierten und des minder Rechtskundigen. Normal war der Judex der Vertrauensmann beider Teile und in vielen Fällen sicher in Rechtsdingen erfahrener als ein Magistrat, der in alter Zeit wie Verres den Parteiumtrieben, in späterer aber der Gunst des princeps seine Stellung zu verdanken hatte.

> Aus demselben Grunde hat der Kläger auch gegen den Beklagten kein Recht auf das „accipere iudicium", wenigstens nicht im Bekkerschen Sinne. Wenn der Beklagte der in ius vocatio folgt, hat er genug getan. . . .

Nein, im Bekkerschen Sinne hat er damit keineswegs genug getan, sondern nachdem der Beklagte „in iure" erschienen ist, liegt ihm, abgesehn von den bekannten Ausnahmen, die Pflicht ob, zum „suscipere iudicium", die durch ein für den Ungehorsam höchst unbehagliches „cogi" geschützt ist. Die mehrfach wiederkehrende Behauptung aber, daß der Schwerpunkt des Prozesses in dem Verfahren „in iure" nicht in dem „in iudicio" gelegen habe, erinnert lebhaft an die Entscheidung des Streites, ob zur Produktion des Lammes der Bock oder das Schaf notwendiger sei.

Der temperamentvolle Gelehrte, der die durch irgend einen Anstoß ausgelöste Gedankenreihe als zärtlicher Vater mit mehr Phantasie als Kritik fortspinnt, wird die persönliche Verantwortung für die kuriosen Resultate, bei welchen er anlangt, kaum ablehnen können. Anders, wenn er von einer zur Zeit herrschenden Strömung fortgerissen ist, hier muß der größere Teil der Verantwortung lasten auf denen, die den Strom in sein jetziges Bett geleitet haben; denn wider den Strom schwimmen ist nicht Jedermanns Sache.

Bei Schott trifft beides zusammen. Und gerade der Umstand, daß, was er vorträgt, wesentlich auf den Lehren beruht, die er von Anderen übernommen hat, gibt ihm Anspruch auf die Berücksichtigung, die er hier findet. Seine Ausführungen geben einen Maßstab für den Wert jener Lehren, wenn auch die Anderen wenig geneigt sein sollten, alle Schottiana als ihre Kinder anzuerkennen.

Die verschiedenen Beiträge zur Kunde des römischen Prozeßrechts, die von Wlassak ausgegangen sind, haben in neuester Zeit viel Beifall gefunden; Schott leistet treugehorsamlich Folge, wenn er auch bei Nebendingen zu widersprechen wagt, exceptio firmat regulam. Fleiß, Scharfsinn und Darstellungsgabe Wlassaks zu bestreiten, wird keinem Kundigen einfallen, mich aber erinnert er häufig an meinen verstorbenen Freund Alfred Pernice: beide sind ausgezeichnete Detailspürer, doch beide über-

sehn erstlich, daß die feinsten Details stets und überall nur der Vermutung zugänglich sind, und zweitens, daß der wahre Wert jeglicher Detailforschung nicht darauf beruht, möglichst viele Spezialitäten in den vermeintlichen Kreis unseres Wissens zu ziehn, sondern durch gewissenhaftes Messen und Vergleichen vieler kleiner Wahrscheinlichkeiten für die Beantwortung der Grundfragen die höchste, Menschen erreichbare Sicherheit zu gewinnen; oder kurz gesagt, daß diese Detailforschung nur Mittel zum Zweck, nicht selber Zweck sein darf. Entsetzlicher Gedanke, daß dem Menschengeschlecht obläge, den ganzen Spezialitätenkram, zu dem gelehrte Spekulation geführt hat, als eisernen Bestand eines sogenannten Wissens durch die Jahrtausende, oder gar Jahrmillionen zu schleppen.

Wlassak ist über die Gegensätze „res qua de agitur" und „actio de aliqua re", desgleichen „esse actionem" und „uenire in actionem" nie zu völlig klaren Anschauungen durchgedrungen. So bleiben ihm „actio" und deren wörtliche Darstellung „formula" schlüpfrige Gebilde; und mit diesen schlüpfrigen Gebilden ist Schott zu Fall gekommen. So wenn er in dem „edere actionem" oder „formulam" eine Überbürdung des Klägers sieht, wenn er „den Schwerpunkt" des Prozesses in das Verfahren „in iure" verlegt, das Denegationsrecht als unentbehrliches Stück des Dationsrechtes, zu welchem die Entwickelung des römischen Prozesses mit geschichtlicher Notwendigkeit geführt hat, verkennt, und zu einer geistreichen, aber von glänzendem Erfolge begleiteten Erfindung der Römer stempelt usw. usw. Überall hier wird Wlassak einer nicht geringen Mitschuld zu zeihen sein, so wenig ihm die von dem Schüler gezogenen Konsequenzen im einzelnen behagen dürften.

Hierzu aber kommt noch etwas anderes. Nicht übel sagt Schott (S. 129):

> „Ius dicere" läßt sich nicht mit „Gewähren des Rechtsschutzes" übersetzen, denn wir verstehen von dem „Gewähren des Rechtsschutzes" etwas anderes wie die Römer.

Abgesehn von der nicht unbedenklichen Ausdrucksweise, liegt hier der gesunde Gedanke zu grunde, daß, genau

besehn, römische und moderne Rechts- und namentlich Prozeßrechtsgrundbegriffe einander regelmäßig nicht ganz decken, und dementsprechend jeder technische Ausdruck der einen Seite nicht einfach durch einen technischen Ausdruck der anderen wiedergegeben werden kann. Leider aber handelt Schott durchaus nicht konsequent nach diesem Gedanken, sondern versucht häufig Glieder des römischen Prozesses in moderne Jacken zu zwängen. So steht der eben zitierte Ausspruch unter der Rubrik „Sie (Denegation) gibt keine Rechtskraft“; aber wäre es denn überhaupt denkbar, daß eine „denegatio actionis“ Rechtskraft im modernen Sinne gehabt hätte? höchstens könnten konsumierende Wirkungen möglich scheinen; doch „Konsumption“ und „Rechtskraft“ sind sicherlich auch weit auseinanderliegende Dinge. Wiederum aber fehlen auch bei diesem Gebahren die hochgeschätzten Vorbilder nicht; im Gegenteil könnte es scheinen, daß beinahe die ganze gegenwärtige Prozeßrechtswissenschaft Deutschlands eine gewisse Neigung verspüre, modernen und speziell dem neuen deutschen Rechte angehörigen Begriffen und Bezeichnungen allgemeine Geltung beizulegen, und somit auf einer schiefen Ebene sich bewege, die über lang oder kurz wieder zu der naturrechtlichen Doktrin zurückführen müßte. Ein Beleg dafür die weitverbreitete Identifizierung von „actio“ und „Anspruch“. Mehr darüber an anderer Stelle, das angeführte bezweckt nur die weitere Entschuldigung von Schott.

Keller liebte zu erzählen, daß er für seine Litiskontestation die Pandekten siebenmal durchlesen, den ganzen Gaius aber fast wörtlich im Kopfe gehabt habe. Gleichwohl waren seine Konstruktionen keineswegs durchweg richtig, das ginge über Menschenvermögen, aber sie waren stets brauchbar, man kann aus allen lernen, zum mindesten, welche Wege einzuschlagen und welche zu meiden sind. Die Methode dürfte noch heute empfehlenswert sein; daß auch die besten Lexika das Quellenstudium nur zu erleichtern, aber nie zu ersetzen vermögen, darf als bekannt gelten.

XIV.

Der Kommentar zu Gai Institutiones in Autun.

Von

Herrn Professor **Paul Krüger**
in Bonn.

Die im Jahre 1898 entdeckten Bruchstücke eines Gajus-Kommentars, welche vollständig zuerst in der Collectio librorum iuris Anteiustiniani I 1899 vor Gajus abgedruckt worden[1]), haben durch die neue Ausgabe von Ferrini und Scialoja im Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano XIII (1900) S. 1 ff. eine so wesentliche Umgestaltung erfahren, daß es notwendig erscheint, sie der deutschen Juristenwelt in nochmaliger Bearbeitung vorzulegen.

Der Text in der Collectio beruhte auf der Entzifferung der Palimpsestblätter seitens des Entdeckers des Werkes, E. Chatelain, welche mir dieser gütigerweise zur Verfügung gestellt hatte; außerdem lagen mir von 4 Seiten der Handschrift Lichtdrucke, von zwei anderen Photographien vor, die ich gleichfalls der Güte Chatelains verdankte. Ferrini und Scialoja konnten dagegen Photographien der sämtlichen lesbaren Blätter der Handschrift benutzen, die Chatelain selbst hergestellt und ihnen zur Nachprüfung überlassen hatte.

Das Hauptverdienst um die Lesung des Palimpsesten gebührt Chatelain, der als Meister in der Handschriftenkunde sich auch in die juristischen Stoffe, welche die Bruchstücke berühren, soweit eingearbeitet hat, daß er von den ohne Sachkenntnis nicht wohl zu entziffernden Blättern einen lesbaren Text in leidlicher Vollständigkeit wiedergewinnen konnte und den späteren Bearbeitern nur eine Nachlese

[1]) Voraufgegangen war der Abdruck von 5 Seiten in der Revue de philologie XXIII (1899) S. 169 ff., veranstaltet von E. Chatelain.



übriggelassen hat. Daß diese aber doch wesentliche Ergänzungen und Verbesserungen zu Tage zu fördern vermochte, hat schon meine und dann noch mehr die Nachvergleichung der italienischen Kollegen gezeigt. Es steht daher zu hoffen, daß, wenn auf Grund der inzwischen erfolgten Bearbeitungen das Original selbst nachgeprüft werden wird, noch viele Lücken und Unebenheiten der jetzigen Texte schwinden werden.

Die Bruchstücke stehen auf 19 reskribierten Blättern der Instituta Cassiani, von denen 15 sich in der Handschrift von Autun N. 21 befinden[1]), 4 dagegen, welche aus derselben entwendet und nach England verkauft worden, für die Pariser Nationalbibliothek zurückgekauft sind und dort als N. a. l. 1629 fol. 17—20 aufbewahrt werden. Von diesen 19 Blättern haben nur die in Autun befindlichen 8 Blätter (103—110) die ältere Schrift soweit bewahrt, daß eine Lesung derselben mehr oder weniger vollständig ermöglicht wurde.[2]) Am leichtesten sind 4 Seiten zu lesen, welche von der zweiten Schrift freigelassen worden (S. 104^r, 108^v, 109^r und zur oberen Hälfte 105^v); auch auf 5 anderen Seiten (106^v, 107^v, 108^r, 109^v, 110^r) ist die Lesung zum großen Teil geglückt.[3])

Eine große Hülfe gewährte bei der Lesung die Vergleichung mit dem kommentierten Werk; nur für die § 82—87 versagte dies fast ganz. Erschwert wird die Lesung dadurch, daß die neuere grobe und dicke Schrift die feinen Züge der älteren vielfach zudeckt. Dazu kommt, daß der

[1]) Beschreibung der Handschrift von Delisle in der Bibliothèque de l'école des chartes 1898 S. 383 f. — [2]) Auf dem Doppelblatt 98. 100 sind durch Zufall die in § 79. 80 abgedruckten Zeilen erhalten geblieben. — [3]) Von der Vorderseite von Blatt 105 gab Chatelain (Revue de philol. 1899 S. 181) nur die wenigen Zeilen, auf denen zusammenhängende Lesungen sichtbar waren, und darin bin ich ihm in der früheren Ausgabe gefolgt. Nachdem jetzt die italienischen Herausgeber die noch lesbaren Reste der übrigen Zeilen abgedruckt und damit als sicher bezeugt haben, gebe ich diese nun wieder, lasse aber auch jetzt die Schimmer weiterer Buchstaben weg, welche mir in der Photographie entgegentreten, umsomehr, als mit den abgerissenen Worten oder Silben so gut wie nichts anzufangen ist und die Bedeutung des Werks eine derartige Genauigkeit nicht rechtfertigt.

Schreiber des Gajus-Kommentars in reichlichem Maße Abkürzungen verwendet hat; diese stimmen zum großen Teil überein mit den in der Veroneser Handschrift des Gajus und den sonstigen Handschriften der klassischen Jurisprudenz gebrauchten; einzelne finden sich nur noch in den jüngeren Notensammlungen bezeugt. Die feinen Abkürzungsstriche sind nach dem Zeugnis von Chatelain meist verschwunden, so daß der Leser oft in Zweifel gerät, ob er eine Abkürzung und welche er vor sich hat.[1])

Bei Benutzung der Photographien und Lichtdrucke wird die Lesung noch dadurch beeinträchtigt, daß manche Schmutzflecke und Fältchen des Pergaments die Gestalt von Schriftzügen angenommen haben; dazu kommt, daß die jüngere Schrift einzelner Blätter wegen der Dünne des Pergaments auf der anderen Seite durchscheint und in der Nachbildung nicht immer leicht von der alten Schrift zu unterscheiden ist. Diese Schwierigkeiten fallen für den Benutzer der Handschrift fort; und das hat mich bestimmt, nicht durchweg den Angaben der italienischen Herausgeber zu folgen, wo diese der Lesung von Chatelain entgegenstanden und nicht in dem Zusammenhang eine Stütze fanden.

Ein Teil des Textes ist dadurch verloren gegangen, daß von der ursprünglichen Handschrift der rechte Rand mit dem Anfang, beziehungsweise Schluß der Zeilen soweit abgeschnitten ist, als die Blätter über das Format der neuen Handschrift hinausreichten. Aus gleichem Grunde vielleicht wird auch ein Teil des oberen Randes mit dem darauf angegebenen Titel des Werkes weggeschnitten sein.

Im folgenden Abdruck sind die Ergänzungen kursiv gedruckt; aus der italienischen Ausgabe habe ich die Kursive auch da übernommen, wo zweifelhaft bleibt, ob die Herausgeber damit Ergänzung oder Unsicherheit der Lesung haben ausdrücken wollen. Die Orthographie der Handschrift ist eine leidlich gute; im Abdruck ist sie nicht beibehalten und die Abweichung in den Anmerkungen nur

[1]) Daraus erklären sich manche Abweichungen der vorliegenden Vergleichungen, wie sie unten in den Anmerkungen zum Text verzeichnet sind.

soweit bemerkt, als es für die Herstellung des Textes durch künftige Bearbeiter nützlich erschien. Die Anmerkungen zum Text sind in der üblichen Weise lateinisch gefaßt. Im Text sind größere Lücken durch Striche, einzelne unlesbare Buchstaben durch Sterne, die durch Abschneiden entstandenen Lücken durch Einfassung in eckige Klammern angedeutet. In den Anmerkungen sind noch folgende Zeichen verwendet:

A = Handschrift von Autun.
A^c = Lesung derselben durch Chatelain.
A^k = Lesung von Krüger.
A^i = Lesung von Ferrini und Scialoja.
Itali geht auf die gemeinschaftlichen Vorschläge der Ebengenannten.[1])

[*LIBER PRIMVS.*]

fol. 107r

§ 1 Liberi, qui cum patre inpetrauerunt Romanam ciuitatem propter patris [*petitionem*], | ciues Romani sunt non propter patris condicionem, sed propter beneficium [*principis*], | nam nisi modo imperator indulsisset, peregrini essent. (Gai. 1, 93) 5

2 Quid si solus pater inpe[*trauit ciui*]|tatem *R*omanam? non liberi sunt ciues Romani. nisi specialiter dicat: pe[*to* ——] | — cri ———— mihi *et* liberis meis ciuitatem deferre dignemin[*i. cui si im*]|*perat*or i*ndulserit, fient* etiam liberi ciues Romani. 10

3 Ergo uides, quod se[——] | ciuit ———————— t eor ———————— eg ———————— ciui ———————— | tionis ———————— propter patris condicionem ciues Ro-

5 nisi] nisi eo *Mommsen* || 6/7 non liberi] liberi non *scr.* || *uersum* 6 *suppleuit Chatelain* || 7 peto *suppleuit Chatelain: estne* pa[ter]? || 8 cri A^i, rescripto? *Itali* || mihi A^i: et *suppl. Itali* || 9 *uersum suppleuit Chatelain* || 11/12 ciuit *et rel.*] *sic* A^i || 13 tionis A^c, erit? A^i

[1]) Durch die in der neuen Ausgabe enthaltenen Vorschläge sind die in den früheren Aufsätzen derselben enthaltenen (Ferrini, Intorno alla noxae datio del delinquente 1899 und Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun 1900; Scialoja, Frammenti Antegiustiniani di Autun im Bullettino dell' Istituto di diritto Romano XI (1899) S. 107 f.) überholt.

mani sunt • • • • r [———] | in ——————— ndum qui Gai. 1, 93
——— debet ———— re iste pater [——] | ———
———— ciuitatem Romanam specialiter debet p[*etere*] |
————————————————————————
——————————————— | ————————— 5
——————— eum ——— potest ——————
• • • [————] | fiet (?) ——————— e ——————
— ad be[————] | — m (?) ———————————
—— le be ——————————— | tur (?) ab i*mperatore*
————————————————— beneficium tri*b*[—— 10
——] | r. ——————————————— dare, sed
tamen e[————] | cadunt ————————————
———————————————————— [spe]ciale ius le
[——] | per ————————————————————
———— pater et sibi e[*t liberis*] | ciuitatem Romanam 15
petit ————————— sibi et liberis beneficium ul
[——] | • • liberi in potestate —— aliquis ————
————— nam quod isti liberi c[——] | iuris ————
——————————————— atri adquisiuerunt • •
[——] | in potestate ——————————————— 20
————— us et uelit h[——] | te p— re — reuertitur
———— pera —————— uel omnis rediga [— —] |
hoc ——————————— ab imperatore ————
—— *causa* cogni[——] | ———————— tr————
cipit ————————— beneficium • [——] | ——— 25
———————————————————————— s ū prae
[————] | • id ——————————— dere ———
————

1 sunt • • • • r] A^i, sunt — A^c || in A^c, inperiali *aut* inperator A^i || ndum A^i, diem A^c || 2 debet A^i || iste pate[r] A^i, ille pater A^c || 6—12 tamen e] *sic* A^i || 7 • • •] *fortasse* eor *aut* ca. A^i || 9 le be] [specia]le be[neficium]? *Itali* || tur] t' (= tur *aut* tus) A^i || 11 r.] = rescripto? *Itali*: *sequuntur dubia uestigia* li *aut* in qui A^i || 13 [spe]ciale *Itali*, —iale A^c || le A^c, li? A^i || 14 per A^i, p A^c: *paullo post* per *sequuntur litterae* en *dubiae iisque suprascriptum est* poterit A^i || 16 *post* petit *sequitur fortasse* pater A^i || ul A^c, *sic uel* ab *uel* ūl A^i || 17 • • liberi in p A^c, *sic uel* [re]scribti p *uel* sibi imper A^i || aliquis A^c, —quis *uel* —ti is A^i || 18 nam A^c, nam *uel* nisi A^i || 19 patri? A^i || 21 uellit A || te p——— A^c, te— re — reuertitur (?) A^i || 22 pera ——— uel (*sic uel* ut) omnis (is *dubia*) A^i || *lectiones uersuum* 23—380, 4 *fere omnes Italis debentur* || 26 s ū] *sic uel* si in? A^i

——— puberes possunt [——] | ——— Gai. 1, 93
——— uidetis illu
[——] | *su* ———
——— ab • [——] | praeses ———
——— 5
tatis et [——] | q— in ———
——— tate*m* iudic[——] | ibi in ———
———*e* an hoc expedia[*t* ——] |
quaeritur ———*re* quaerit
fol. 107v ipsam personam [——] || [——] • habere in potestate, ut bona 10
eorum consumat et ita | [——]dit aut negat.

4 ———, ut illud tractemus: peregrinus et sibi | [*et* Gai. 1, 94
uxo]ri suae peregrinae petit ciuitatem Romanam. nunc
quaeritur, | [*an spec*]ialiter debeat petere, ut et filius, qui
nascitur ciuis Romanus [*sit. hoc non est*] necesse; nam dixi- 15
mus, quod si eo tempore quo parit mulier ciu • • | [• *Roma*]na
et maritus, qui nascitur ciu*is* Romanus erit.

5 Quid ergo petet? | [diximus], quod ciuis Romanus nasci-
tur non secundum re———um, sed secundum | [*mente*]m
senatus consulti. ideo specialiter debet petere, ut is qui 20
nascitur | [*in pote*]state eius sit, non debet petere ei ciui-
tatem Romanam, | [*non enim ci*]uitate ipsa habebit natos in
potestate.

6 Peregrini | [*aut speci*]aliter petebant ab imperatore ciui- Gai. 1, 95
tatem Romanam | [*aut gen*]erali beneficio perueniebant ad 25
ciuitatem Romanam. gene||[*rale b*]eneficium, quod postula-

---

1 possunt *A*c, poss[unt] *A*i || 2 uidetis (*uel* uidet in) illud *A*i, uidetis quod — *A*c || 6 tatis et *A*c, tatis . . . *A*i || 7 in *A*c, • • *A*i || 8 e (?) an *A*i, • an *A*c || 9 re (?) *A*i, • • *A*c || 10 personam *A*c, person[am] *A*i || *ante* habere *sententiam hanc fuisse conicit Mommsen*: [potest pater propterea filios uelle] habere || 11 [aut conce]dit aut *Itali* || 12 ut *A*c, ut *uel* us *A*i: *ante* ut *expectes* sequitur || et uxori *suppleuit Chatelain* || 13 peregrinae] praegnanti *mauult Mommsen* || 14 an specialiter *suppleuit Chatelain* || et *A*c, etiam? *A*i || 15 necesse *A*i, nus esse *A*c: *suppleuerunt Itali* || 16 ciu • •] ciuia (a *dubia*) • *A*i, in uia *A*c, ciuis [est roma]na *Mommsen*, *conf. Gai.* 1, 92 || 19 secundum re——um sed secundum *A*i, interdum re—— sed interdum *A*c: secundum rescriptum sed secundum [tenore]m *Itali* || 21 in potestate *suppleuit Chatelain* || 25. 26 *expleuerunt Itali* || 26 romanam *A*i, romanam nam *A*c || generale beneficium *suppleuit Chatelain* || quod postulabant (postulabant *dubium*) *A*i, quo petebant *A*c

bant peregrini, ius Latii dicebatur: | cum enim *ex La*]tio origo Gai. 1, 95
ciuium Romanorum duceretur, ideo | ius Latii ** | [———]um
est ius ciuitatis Romanae.

7 Interdum populus Romanus uel imperator de|[*ferebat*] Gai. 1, 96
ciuitati ius Latii. hoc autem dicebatur ius Latii minoris, 5
ius | [*Latii m*]aioris. Interdum dicebat populus: Deferimus
illi ciuitati ius | [*Latii m*]aioris. si dicebat ius Latii maioris,
statim qui in magis|[*tratu e*]rant positi uel in honore aliquo,
perueniebant ad ciuitatem Romanam, | [*item de*]curiones. si
autem dicebat ius Latii minoris, hi soli peruenie|[*bant a*]d 10
ciuitatem Romanam, qui erant in magistratu uel in aliquo
ho|[*nore pos*]iti.

8 Ergo intererat inter beneficium speciale et generale,
quo ius Latii | [*defere*]batur, quod ubi speciale beneficium
petebatur, ——————— nisi specialiter | [*peti*]tum fuisset, ut 15
essent liberi in potestate; si autem ad ius Latii ma|[*ioris
per*]ueniebant, omni modi erant in potestate.

9 Non solum naturales liberi | [*secun*]dum ea quae diximus Gai. 1, 97
possunt in potestate patris esse, sed et*iam hi* qui | [*adopt*]an-
tur. tractandum ergo nobis est diligentius, quemadmodum 20
fiant | [*adoptio*]nes. nam quemadmodum diximus, quod liberi
qui ex legitimis matrimo|[*niis su*]scipiuntur in potestate sunt,
et tractauimus, quae sint legitima | [*matri*]monia, sic nunc
adicimus: hi qui adoptantur in potestate sunt.

10 Debemus [*ergo t*]ractare, quemadmodum fiunt adoptiones. 25
adoptiones sunt quidem duae | [** *eo*]s qui alieni iuris sunt
aut eos qui sui. cum duae sint species adoptionum, | [*duplici*]
modo adoptio celebratur: uel sui iuris personae apud popu-
lum adop ||

[*quattuor paginae uidentur periisse.*]

---

1 latii dicebatur A^i, latii ———atur A^c || 2 duceretur (?) . . . latii n̄m (n̄m *dubium*) [—]um (dictum *Itali*) est i. c. romanae (romanae *dubium*) A^i, duc——— | —um est i ciuitatis ——— A^c || *uersus* 4. 6. 7. 10. 12. 14. 15. 16. 18. 19. 22. 23 *suppleuit Chatelain* || 5 hoc autem A^i?, et A^c || 9 [de]corionis A^i, [dec]orionis A^c || 15 *post* petebatur *expectes* liberi non fiebant in potestate || 16 maioris *del.* || 18 naturalis *A* || 21 [adoptio]nis *A* || quod A^i, *om.* A^c || 25 fiunt A^c, fiant A^i || 26 [** eo]s *A*, secundum eos *Chatelain*: *expectes* adoptamus aut eos || 29 adop A^i, adopt A^c: adopt[andae] *suppleuit Mommsen*

fol. 110r

11 [*Videamus nunc, quomodo hi qui alieno iuri*] || subiecti Gai. 1, 124
sunt, eo iure liberentur.

12 Prius de his personis inspicia[*mus* —. *quae*] | personae Gai. 1, 125
in potestate sunt uel quae in manu uel in mancipio, ple[*ne*
trac]||tauimus. nunc consequens est, ut dicamus, quemadmo- 5
dum istae person[*ae* —] | subiectae iure liberentur et fiant
sui iuris. nec enim semper quae in [*potesta*]||te uel in manu
uel in mancipio sunt constitutae retinentur, sed cer[*tis modis*] |
et certis casibus liberantur.

13 Et superius tractauimus de his qu[————]. | prius 10
tractemus, quemadmodum exeant de potestate, in potesta[*te*
serui sunt] | dominorum aut liberi parentum.

14 Exeunt serui de potesta[*te domi*]||norum secundum ea Gai. 1, 126
quae diximus de manumittendis seruis. [*seruus non*] | aliter
potest exire de potestate nisi manumissione; nam [*si domi*]nus 15
eius decesserit, ad heredes transit dominium; ergo hi[*s modis*] |
exeunt de potestate, quibus modis manumittuntur, aut ut
[*fiant de*]||diticii aut Latini aut ciues Romani.

15 Liberi autem diuersis modis liberan[*tur. liberantur*] | Gai. 1, 127
morte parent*i*s, cuius fuerint in potestate, si non sint in 20
alte[*rius potestatem*] | rec*a*suri. ut puta pater habet filios
uel filias in pot[*estate; si*] | decesserit, erunt sui iuris filii uel
filiae. si auus decesserit, [*inter fi*]||lium et nepotem extat
distinctio: filius quidem erit s[*ui iuris*], | nepos uero non erit
sui iuris, nam cadit in patris potestatem nepos per mor[*tem* 25
aui]; si non sit (?) in alterius potestatem recasurus, tunc
16 [——] | non cadit in potestatem alterius. Si uero tempore,

---

1 uideamus ... iuri *ex Gaio* 1, 124 *suppleta sunt* || 3 inspicia *A*c, inspicie *A*i || 4 uel quae *A*i, atque *A*c || plene tractauimus *Chatelain*, ple[———]tabimus *A* || 6 person[ae eo cui sunt] subiectae *expectes* || 7 potestate *suppleuit Chatelain* || 8 cer[tis modis] et certis casibus *A*i, ces[———] ex certis usibus *A*c || 10 qu[i in potestate sunt] *expectes* || *uersus* 13—15 *expleuit Chatelain* || 16 hi[s modis] *Itali* (hi *dubia A*i), ho[—] *A*c || 17/18 ut [fiant] *A*i, u[—] *A*c || 19 liberan[tur liberantur] *Itali* || 20 parentes *A* || *uersum* 21 *expleuit Chatelain* || 21 recessuri *A* || 23 inter filium *suppleuit Chatelain* || 23/24 extat distinctio *A*i, ext——— statim *A*c || 24 non erit ... 25 potestatem *bis A*i || 25 per] *malim* post || mortem aui *suppleuit Chatelain* || 26 non sit *dubitanter A*i, noscitur *A*c, *utrumque uix recte* || tunc [nepos] non *Itali* || 27 uero *A*c, quidem *A*i

quo [*moritur*] | auus, pater non sit in familia, aut quia mortuus est aut quia e[*mancipa*]|tus est, aut si ——————— Gai. 1, 127
auus non habuerit in pote[*state*], | nepos, quia *filius* in potestate non fuit mortis tempore [———] | ———— sui
17 iuris ——— erit. Di ——— morte, parent*i*[*s*, *cuius*] | parent*i*s 5
fuerint in potestate, s*i* non in alterius pote[*statem sunt*] |
recasuri. nam generaliter dicimus: morte parentis s[——], |
cuius fuerint in potestate. quod si filius et nepo*te*s ex eo
si[*nt in potes*]|tate et pater mortuus fuerit, non fient prius
sui iuris, q[*uam auus*] | mortuus est, cuius fuerint in po- 10
18 testate. Ideo sic dici[*mus*: *mor*]|te parentis, cuius parent*i*s
fuerint in potestate, nec [———] | ——— et illud adiciendum
est: si non in alterius potest[*atem*] | recasuri sunt. habes
fol. 110v ergo pronum modum, quo exeu[*nt de*] || [*potes*]tate.

19 Quid erit, si aquae et ignis uel patri interdicatur uel liberis? | [*patria*] potestas tolletur. ut puta pater habet filium in potestate; | [*facit*] tale crimen, ut aquae et ignis ei interdicatur, per hanc poenam adimitur | [*ei ciu*]*itas Romana et incipit esse* peregrinus; peregrinus factus iam filium | [*ciuem Ro*]manum habere in potestate non potest. et e contrario filius, qui cum in | [*patris*] potestate est facit tale crimen, ut aqua et ignis ei interdicatur; | [*quo facto*] adimitur ei ciuitas Romana, incipit esse peregrinus, peregri|[*nus fact*]us in potestate patris ciuis Romani esse non potest. Gai. 1, 128 — 16 — 20

20 Ergo si *c*ui aqua et igne | [*interdicitur*] patri uel filio, patria potestas tollitur. uelut si pater ab | [*hostibus*] captus 25 Gai. 1, 129

---

1 moritur *suppleuit Chatelain* || 1/2 quia — quia A^i, quod ——— quod A^c || 2 emancipatus est aut si] e[——]tus est aut si A^c, e[———] t——— A^i || *post* si A^c *pergit:* filios *** ha—— auus: *fortasse* aliam ob causam eum auus *restituendum* || 3 potestate *suppleuit Chatelain* || quia filius] quia alias A^c, qui—— A^i || 5 di———] dicimus *expectes* || parenti[s cuius] parentis *Mommsen*, parente [———] parentes *A* || 6 si] *Mommsen*, sed *A* || 7 recasuri A^i, iectae iuris A^c || *post* parentis *Itali suppleuerunt* scilicet eius] || 8 nepos *A* || *versus* 9. 11. 13. 14. 16. 20. 21. 23/24. 26 *suppleuit Chatelain* || 9 si[nt] A^c, sit A^i || 11 cuius parentes *A* || 12 *post* nec *supplendum* hoc sufficit sed, *uel cum Mommseno* nec[essario] | tamen || 14 pronum] primum *scr.* || 15 aquae et ignis uel A^i, aqua et igni et A^c || 17 aquae A^i, aqua A^c || 19 [in]cipit A^i || 21 cum *uidetur delendum* || 22 aquae A^i? || 25 si cui] eis qui A^c, si A^i, *errore putem pro* si qui || 26 uelut A^c: *collato Gaio* 1, 129 *expectes* aliter *uel simile aliquid*; *cf. tamen infra p.* 407.

fuerit ——————— erunt filii *sui* iuris. hoc ple|[*nius et cum*] Gai. 1,129
21 diligentia nobis tractandum est. Qui ab hostibus capitur, seruus
| [*hostiu*]m fit, cuiuscumque fuerit dignitatis. nam hoc bellorum
generaliter | [———] um est. si cap——————————
——— incipiat | [——]m esse potestate ———————— hostibus 5
uitae necis|[*que pote*]statem ————————— exeunt
de potestate | [——] pater ——————————————
ab hostibus hodie | [*nisi cap*]tus ab hostibus interficitur, potest fieri, ut apud hostes moriatur | [*uel etiam*] reuertatur
——————————————————m *postlimin* | ——— 10
—————— t ——— et ———— *ius quo* —————
——————————sta | ————————————————
———————————— egerit limen | [————] pul———
—————————————————————————— recipit |
[————]atur —————————————— *possumus* 15
tractare, pater ab hos|[*tibus ca*]ptus et uiuus —————
liberi de potestate *non* —————s | ——————————
——————————————— ex postliminio ——————— |
[— *po*]testatem ——————— *pater* ap ————————*t*
potestatem | [———] dicas ———— *si* hodie dic*is* libe- 20
ratos patria | [*potes*]*tate* ——————————— in potestate.
22 Quid ergo? hac necessitate | [*si ad*]duceris ad *resp*onsum, ut dicas eos sui iuris esse eo• | [— *pote*]state, opponitur tibi statim: cuius sunt in potestate? serui? | [*nam pate*]*r* eorum, qui ab hostibus captus est, seruus est: ergo seruus pater | 25 [*non habet*] filios in potestate. Utrumque ergo difficile est: siue dicamus sui iuris | [*esse filio*]*s*, illud opponitur, quod si

———

1 *post* fuerit *supple* hoc facto non || ple[niore] diligentia *Itali* || 3 [hostiu]m fit cuiuscumque fuerit dignitatis *A*[i], [hostium] ————— *A*[c] || hoc belli iure generaliter [accept]um est *fortasse scr.* || 5 m (?) esse potestate (?) *A*[i], •• esse pot—— *A*[c]: [in hostiu]m esse p. *fortasse suppl.* | hostibus (?) *A*[i] || 7 hostibus interficitur *A*[c], hostibus .... interficitur *A*[i] || 9 hostis *A* || *uersuum* 10—12 *lectiones debentur A*[i] || 14 recepit *A*[i]?, recipit *A*[c] || 15 atur —— possumus (?) *A*[i] || 17 non (?) *A*[i] || 19 [po]testatem *A*[c], [—] •tat — *A*[i] || 20 si (?) hodie dicis liberatos (?) *A*[i], — hodie dico liber — *A*[c] || 21 [potes]tate cum reuerso patre sint in (in *A*[i], go *A*[c]) potestate? || 22 responsum? *A*[i], — nonsum *A*[c] || 23 dicas *A*[c], dicamus? *A*[i] || eo• *A*[i], eo *A*[c]: *post* eo *Chatelain supplet* [quod non sunt in pote]state || 24 [nam pate]r eorum *Itali*, [———] eorum *A*[c] || *uersum* 26 *expleuit Chatelain*

reuertatur et postliminium recipit, | [—— *st*]atum suum, si Gai. 1, 129
dicamus eos in potestate, illud, quod est facilius ————

[*LIBER II.*]

fol. 109ʳ
23 —— || extranei autem deliberandi arbitrium habent; Gai. 2, 162
nam possunt [*re*]|pudiare hereditatem, possunt etiam adire. 5

24 Sed sui heredes licet repudiar[*e non*] | possint here- Gai. 2, 158
ditatem, quia statim fiunt heredes, tamen abstinere pos[*sunt*
25 *prae*]|toris beneficio. At si non abstinuerint uel per id se Gai. 2, 163
miscuerint h[*ereditati, nec*] | recedere postea ex paenitudine
possunt. sicut enim, si extran[*eus heres*] | semel adierit 10
hereditatem, iam tenetur, ita et suus heres, si [*semel*] | se
miscuerit, omnimodo tenebitur. quod facit in extraneo
[*aditio*], | hoc facit in suo herede, si se miscuerit bonis pa-
rentis. ergo [*si uult*] | non teneri, ab initio se abstineat a
bonis parentis. 15

26 Vel extr[*aneus*] | ut adierit hereditatem, potest in in-
tegrum restitui, ut postea abstineat. nam s[*i minor*] | sit xxv
annorum, habet generale beneficium in integrum restitu-
tion[*is, quod pol*]|licetur praetor huius aetatis hominibus.
nam minores xxv an[*norum* —] | decipi uel circuiri — magno 20
per aetatis imbecill[——] | enoreturi (?) in damno, isti minori
pollicetur praetor genera[*liter*] | in integrum restitutionem, ut
si quid perperam minor gesse[*rit in inte*]|grum restituatur.
interdum perperam uendit rem suam: potest restit[*ui a prae-*
tore] | uel a praeside, si ostendat se minorem. 25

27 Ergo sicuti ceteris s[*ubuenitur*] | in ceteris causis, in
integrum restitutionis auxilium meretur [*minor, si*] | ignarus

---

1 *ante* statum *Mommsen supplet* redit ad || si (i *dubium*) A^i, sed A^c || *uersus* 5—11. 14. 16. 17. 22. 24. 27 *expleuit Chatelain* || 5 etiam A^i, et A^c || 6 heredis *A* || 8 per id A^c: potius *uidetur scribendum*, perinde *mauult Mommsen* || 9 nec] non *Chatelain* || 16 *pro* uel (ū *A*) extraneus ut *expectes fere*: [suus heres licet se miscuerit hereditati] uel extraneus licet || 17 ut postea *dubitanter legit Chatelain* || 17 xxv? A^i, xx A^c || 20 xxv a[—]*uel* xxı an[—] A^c, xxv a[—] *aut* xx a[—] A^i || circuiri — magno per aetatis imbecill[——] enoreturi (?) in A^c, circuiri ——gn(?) ••••• is imbecilli[——] ——— in (*aut* uel) A^i || 25 minore *A* || 26 sicuti ceteris] sicut minori *expectes* || 27 meritur *A*.

damnosam hereditatem inconsiderate adierit. [*potes dice*]|re: Gai. 2, 163
si maior essem, prius deliberassem, prius quaesissem n[*ec*
heredita]|tem adiissem; modo per inconsultam aetatem te-
mere ad[*ii. peto*] in integrum restitui. hoc, quod dicit ex-
traneus, potest minor su[*us dicere*], | si temere se miscuerit 5
bonis paternis.

28 Quod si maior [*fuerit*] | extraneus qui adierit uel suus
qui miscuerit se bonis, [*in integrum*] | restitui non potest,
omnimodo tenetur oneribus hereditariis, quia deest ill[*i*
auxili]|um, nec potest maiori, nisi exhibeantur interdum iustae 10
causae ⟨in in⟩|tegrum restitui; *nec enim maioribus* | —— gene-
rale beneficium d[——] | tor quidem hoc contingit.

29 Quidam, cum maior esset aetate, contra opin[*ionem*]|
adiit hereditatem, quam putabat non esse damnosam. ideo
[*puta*]|bat eam non esse damnosam, quod aes alienum in 15
occul[*to erat*]. | emerserunt plures creditores, coeperunt pro-
ferre t[*abulas*] | • cum debitum fecit apparere hereditatem
damnosam. [*heres, qui*] | maior adierat, tenebatur. dedit
fol. 109r ergo preces impera[*tori,* ——] || [————] non sit quod fuerat,
meruit speciale rescriptum, ut recede|[*ret*] ab hereditate. 20

30 Ita dixit: ignorans, cum lateret aes alienum, | [*adii*] here-
ditatem, postea emersit grande debitum, apparuit damnosa |
[*ea hereditas.*] ergo a te peto, ut liceat mihi discedere.
concessit ei imperator.

31 Hoc ergo | [*exem*]plo hodieque, si tali re procedis, pos- 25

---

uersus 2—4. 7—9 *expleuit Chatelain* || 3/4 et 5 timere *A* || 5 suus dicere *Itali*, suus uti *Chatelain* || 9 hereditatis A^c || quia A^i, quod A^c || 10 exhibeantur (?) A^i, exhibuerit A^c || 11/12 [in in]tegrum restitui nec enim maioribus (*sic* A^i *dubitanter*) generale (*sic* A^i, —ale A^c) beneficium d[——] tor (tor? A^i, tor *uel* eos A^c) quidem (*sic* A^c, quid A^i) h. c.] *haec si recte ab Italis lecta sunt, uersu* 10 *requiritur* maior: *Gaius tamen magis ad* imperiale (*uel* speciale, *non ad* generale) beneficium *ducit* || 13 opinionem *Chatelain; fortasse* opinionem damnosam *scribendum est* || *uersus* 15—18 *suppleuit Chatelain* || 17 • cum A^i, cum A^c || 19 non sit quod fuerat A^c, ———uerat A^i, *sic uel* ——dierat A^k: *unde possis restituere* [quia] [debiti] ignarus adierat || 20 recederet ab *suppleuit Chatelain* || 21 ita] interea *Chatelain* || adii *suppleuit Chatelain* || 23 ergo A^k, *om.* A^c || 25 exemplo *Mommsen*, [——]plo A^i, ——ipto A^c (*unde* rescripto *Chatelain*), ——iplo *uel* ipto A^k || si tali re procedis A^c, si tal (?) ..... cedit A^i, si tali r • pcedi • A^k: si talis res procedit *Ferrini*.

sumus dare consilium, ut | [*suppl*]icetur. nam facile impe*t*rantur ab imperatore *ea* quae iam ab | [*aliis*] impe*t*rata sunt: aliud est nouum beneficium petere, aliud est id pe||[*tere*, — Gai. 2, 163

32 *cui*]us extant exempla. Nam per gr*atiam* factum est, ut si maior | [*sit qui*] licet per ignorantiam omnimodo heres fit, ei discedere ab hereditate | —— cum habet. propter quod exemplo eius alii possunt in integrum restitui *a* praetore. — 5

33 Ergo ubi | [*is mi*]nor est qui adiit uel qui se miscuit, per praetorem uel per praesidem prouinciae potest | [*in integrum*] restitui; sed qui maior *est*, sine beneficio principali non poterit in | [*integrum restitui neque*] auxilium exorari ei heredi secundum ea quae tractauimus. — 10

34 [*Extra*]*nei*, qui habent potestatem, quamdiu uolunt, tamdiu protrahunt | [*addition*]em hereditatis. et quid interea facient creditores? quid illo tempore | [*fiebat*] interea de — Gai. 2, 167 — 15

35 sacris, quorum magna erat obseruatio? Ideo qui testamenta fa||[*ciunt, s*]i scribunt extraneos heredes, dant eis certum tempus | [*ad cer*]*nendam* hereditatem, quod est tale: TITIVS HERES ESTO CERNITOQVE IN DIE||[*BVS CENT*]VM. SI NON CREVERIT, EXHERES ESTO. — Gai. 2, 164. 165 — 20

36 Ista dicitur cretio propter id | [*tempus quod*] datur ad deliberandum, hoc est ad decernendum. ideo | [*cretio dic*]itur, quia ad hoc accipitur tempus, ut apud se deliberet et decernat, | [*an adeun*]da sit hereditas. — 24

37 Ergo ubi datur cretio, aut adit intra tempus et uerba — Gai. 2, 166

---

1 supplicetur *Mommsen* [—]icetur A^c A^k, [—]icet A^i || 1/2 impetrantur *Ferrini*, imperantur *A* || 2 imperatore ea *Chatelain*, imperatorea *A* || aliis *suppleuit Chatelain* || impetrata sunt *Ferrini*, imperata sunt A^k, imperatur quod A^c || 4 per gratiam *scripsi*, per gradus? A^c • g••• A^k, sicut? A^i || 5 maior ... 6 habet] maior [adiens] licet ... 6 hereditate | [liceat], cum rescriptum habet *proponit Mommsen* || 7 exemplo eius A^k?, exempla eius etiam A^c, exemplum etiam A^i? || in integrum restitui a praetore] iir pre A^k, pup pre A^c, impetrare A^i || 8 is minor *suppl. Chatelain* || 10 sed A^c, sed *uel* si A^k, si A^i || est *scripsi*, interest A^c, i • A^k, I A^i || 13 [extra]nei *scripsi*, [———] nam A^c || 14 aditionem *suppl. Chatelain* || 15 illo tempore *uidentur transponenda esse post* 16 quorum, *cf. Gai.* 2, 55 || fiebat *suppl. Mommsen* = 18 ad cernendam *scripsi*, ••••••• ad A^c || 19/20 creuerit A^c A^i: *possis etiam de* creueris *cogitare, cf. Gai.* 2, 165 || 21 id A^k?, quod A^c || 23 quia A^k A^i, quod A^c || diliberet *A* || 24 an adeunda *suppl. Chatelain.*

dicit | [*cretionis*], aut si non dixerit uerba cretionis intra Gai. 2, 166
38 tempus, excluditur. 'Quae autem sunt | [*uerba cre*]tionis?
sic dicit: QVOD ILLE GAIVS ME SCRIPSIT HEREDEM, ADEO CER|[*NO-*
39 *QVE HEREDI*]TATEM. Nisi haec uerba dixerit intra tempus quod
praefiniuit tes|[*tator, ex*]cluditur, etiamsi pro herede gesserit, 5
etiamsi teneat res hereditarias. | [*quare nisi uer*]ba dixerit
intra dies praestitutos, heres esse non poterit.
40 Et scire | [*debes, quod quan*]tum uult testator tempus dat Gai. 2, 170
ad cretionem; et | [*quamquam pleri*]que testatores centum
dies dant, potest quidem et breuius] | [*tempus dare*], potest 10
dicere: CERNITO IN DIEBVS X, CERNITO IN DIEBVS XX. potest et
|[*longius*] constituere: CERNITO ET IN BIENNIO, CERNITO IN ANNO. |
41 [*Sed uulgo*] datum tempus et consuetum est: C DIEBVS.
42 Dicit ergo | [*heres ha*]ec uerba: ADEO CERNOQVE HERE- Gai. 2, 166
fol. 108v. DITATEM. nihil quaeritur nisi *de* dictione || uerborum. ergo 15
intra tempus ubi dicat non interest, ut tamen probetur.
interim si ea te[*cte sepa*]ratim dicat, unde potest probare,
quod uerba cretionis dixerit? d[*ebet*] ergo adhibere amicos,
43 quibus praesentibus haec uerba dicat. Quod si sin[*e cre-* Gai. 2, 167
tio]ne scriptus fuit, haec uerba cretionis dicere non cogetur, 20
sed p[*otest etiam pro*] herede gerendo adquirere hereditatem.
44 Quid est pro herede gerere? ani[*mum*] habere capi- Gai. 2, 166. 167.
endae hereditatis. ergo si aut rem teneat aut praesentibus
[*amicis*] dicat uelle se heredem esse, satisfacit aditioni
45 hereditatis. Nam duobus [*mo*]dis ab extraneis heredibus 25
aditur hereditas', aut cretione aut pro herede gere[*ndo*];
cretione, ut uerba dicantur; pro herede *gerendo*, ut osten-
dat se animum [*ha*]bere capiendae hereditatis. sed heres
is, qui cum cretione scriptus est heres, n[*isi uerba*] cretionis
dixerit, heres esse non poterit. qui autem sine cretione 30

---

1 dixerit • uerba A^k? || *uersus* 2. 3. 5. 9. 10. 12—14. 22. 24—26. 28. 30 *suppl. Chatelain* || 3 sic *scripsi*, si• *A*, *unde* is *Itali scribunt* || 5 gesserit A^c, gessit A^i || 6 [quare nisi uer]ba *scripsi*, [nisi haec uer]ba *Itali* || 8 debes *suppl. Ferrini* || 12 et *del.* || 15 de *om. A* || 16 tamen] t̄m *A*, testamentum *Chatelain*, *cf. Gai. Apographum pag.* 308 || 17 tecte *suppleuit Mommsen* || unde] dum *scr.*? || 18 adhibere A^k A^i, adhibet A^c || 19/20 sine cretione *Chatelain* || 21 etiam *om. Chatelain* || 27 gerendo *om. A* || 28 sed heres A^c: *expectes* contra si || 29 nisi uerba *mecum suppleuit Scialoja* || 30 non] nec A^c.

scrip[*tus est*], uel cernendo uel pro herede gerendo potest adquirere hereditatem. Gai. 2, 166. 167.

46 Ex hoc [*ista*] nascitur differentia: qui sine cretione scriptus est heres, potest medio t[*empore*] repudiare hereditatem et, si semel repudiauerit, paenitentia [*actus*] redire ad hereditatem non poterit. Gai. 2, 169 5

47 Quid est repudiare? nolle ca[*pere*] hereditatem, contraria destinatio, repudiare. quomodo destinatio cap[*ien*]dae hereditatis adquirit, sic destinatio contraria, hoc est uoluntas non cap[*ien*]di, tollit hereditatem. 10

48 Qui sine cretione scriptus est, si uelit heres esse, est heres, et [*si no*]lit heres esse, perdit hereditatem; nam quod

49 nudo animo adquiritur, nudo an[*imo*] amitti potest. Vbi autem cum cretione scriptus est heres, non aliter excluditur, [*quam si*] tempus transiuerit cretionis, quod a testatore praefinitum est. sicut enim [*ad*]quirere hereditatem non potest, qui cum cretione scriptus est, nisi si uerba dixe[*rit*] cretionis intra tempus, ita non aliter excluditur, nisi exierit Gai. 2, 168 15 Gai. 2, 168. 169.

50 dies cretio[*nis*]. Ergo si medio tempore dixerit se nolle esse heredem, nihil ei praeiudicar[*e potest, nam*] repudiare hereditatem non potest, quae cum cretione deferatur; si adhuc [*su*]perest tempus cretionis, potest uerba dicere et adquirere hereditatem; ubi autem [*sine*] cretione scriptus est, si semel repudiauerit, postea per paenitenti[*am*] redire non poterit. 20 25

51 Hoc etiam circa eos seruatur, qui ab intestato [*uo*]cantur ad hereditatem. qui ab intestato uoc*a*tur, sicut aut cer[*nen*]do aut pro herede gerendo fit heres, ita et contraria destinatione potest am[*itte*]re hereditatem. Gai. 2, 169 29

52 Vbi cretionem accepit heres scriptus, non diu potest t[*ra*]here aditionem; nam aut cogitur intra tempus adire aut excluditur, s[*i non*] adierit. qui sine cretione scriptus est, Gai. 2, 166 Gai. 2, 167

fol. 108r tamdiu potest deliberare, quamd[*iu*] || [——]r uoluerit, tempore

lacunas suppleuit Chatelain || 11 uellit *A* || 17 nisi si A^k, nisi A^c A^i || *lacunas uersuum* 20—25 *expleuit Chatelain* || 20 praeiudicare *Mommsen,* praeiudicari *Chatelain* || 24 repudiauerit A^c A^k?, repudiauit A^i || redire *A*, adire *mauult Mommsen* || 27 uocatur *Chatelain,* uocantur *A* || 28 fit heres ita et *A (Chatelain secundis curis haec legit omnino recte)* || 33 [——]r A^c, [——]s A^i?.

53 non urguetur. Sed hoc ipsum nocet credi[*tori*]bus. transierunt Gai. 2, 167
centum dies et adhuc iste dicit se deliberare; [*transi*]it
annus et adhuc dicit se deliberare; tempore enim non ex-
54 clu[*ditur*]. Ergo si uoluerit post quinquaginta annos adire
hereditatem, expec[*tabu*]nt creditores exitum, nam nihil pos- 5
sunt hodie facere: dum ille se [*dicit*] deliberare, conuenire
eum qui nondum adiit non possunt, bona proscrib[*ere non*]
possunt, quia adhuc incertum est, quin habeat defunctus
succes[*sor*]em. quorum enim bona proscribuntur? eorum
qui sine successore mori[*unt*]ur. 10

55 Ne ergo hoc incommodum creditoribus obstet, solet
praetor adiri [*ab i*]psis creditoribus, ut ipse constituat diem
heredi scripto uel qui [*ab in*]testato uocatur ad adeundam
hereditatem. et dicit praetor: Iu[*beo*] illum heredem intra
centum dies deliberare, an debeat adi[*re hered*]itatem; sciat 15
autem me creditoribus permissurum bona [*ill*]a proscribere,
si intra tempus non adierit. ** licet ei diutius delibera-
[—]et.

56 Itaque intra tempus quod a praetore praefinitum est
omnimodo adire [*de*]*bebit* aut si non adierit, bona proscri- 20
bentur; et quod dixit Gaius, prout mo[*de*]ratus fuerit ipse
praetor, ita tempus constituitur.

57 Ecce habes re[*me*]dium, ubi sine cretione scriptus est Gai. 2, 170
uel ubi ab intestato uo[*ca*]tur ad hereditatem. quodsi cum
cretione scriptus est heres et longum [*tempus*] accipit, inter- 25
dum ————ere nisi *** in biennio, in bi[*en*]nio ex-
pectabunt creditores, utrum adeat ille hereditatem, [*an*]
excludatur. non aliter enim excluditur, nisi tempus quod
a testatore praefi[*ni*]tum est impleatur.

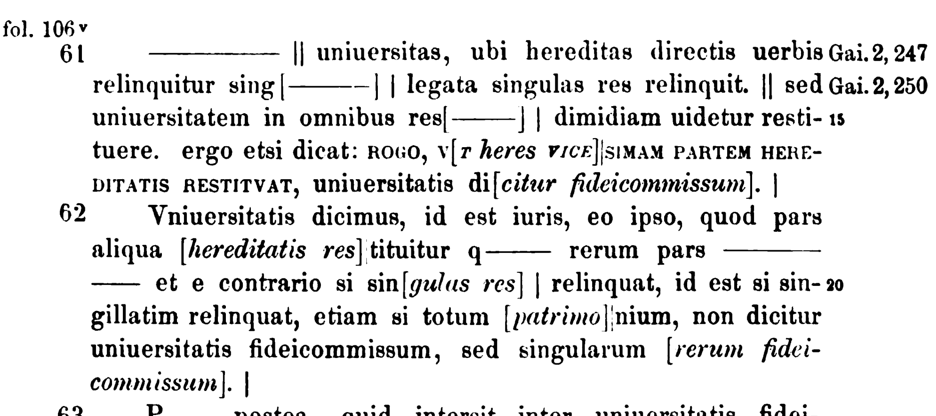
58 Quod ergo facere non possit, qui cretionem non habet, 30
[*ad*]eo potest facere, qui longam cretionem habet? at potest

uersus 1—15 *expleuit Chatelain* || 7 proscriber[e non] A^i || 8 quin A^c, quin *uel* an A^i || 16 [ill]a *Chatelain,* hereditaria *Itali* || 17/18 ** licet ei d. delibera[——] et ita quod A^c: *estne ita*: scilicet si d. delibera[uer]it itaque? || 20 [de]bebit A^i?, [——]atur A^c || 21 mo[de]ratus fuerit A^i, mo[der]atus fuit A^c || 24 [uo]catur A^i, [uoc]atur A^c || 25 *pro* accipit *malim* accepit || 26 *lacunam Mommsen ita supplet:* [in biennio iussus cern]ere, nisi [cernit] in biennio, *Itali sic:* biennium accipit, nisi cernit in biennio || 28 non aliter enim A^c, nam aliter non A^i || 30 possit A^c, posset A^i || 31 [ad]eo *Itali,* [id]eo *Chatelain.*

interpellari [*a c*]reditoribus, ut ipse praetor moderetur tempus adeundae hereditatis et di[*ca*]t: nisi intra tempus adierit, permittam creditoribus bona proscri[*ber*]e. — Gai. 2, 170

59 Omnis cretio certum numerum dierum habet. nam testator [*cum*] dat cretionem, non simpliciter dicit: CERNITO, (5) sed dicit: CER[*N*]ITO IN DIEBVS TOT. necesse est ut exprimat numerum dierum. alio[*qui*]n non est cretio, si non dicat TOT DIEBVS. ergo omnis cretio certum [*n*]umerum dierum habet.

60 Duplex nomen est cretionis. nam quaedam cretio [*d*]icitur uerborum certorum dierum, alia dicitur uulgaris cretio. (10) interdum [*c*]retio sic datur: CERNITO IN DIEBVS CENTVM; SI NON CREVERIS, EXHERES ESTO. — Gai. 2, 171



fol. 106v

61 ———— || uniuersitas, ubi hereditas directis uerbis relinquitur sing[———] | legata singulas res relinquit. || sed uniuersitatem in omnibus res[———] | dimidiam uidetur restituere. (15) ergo etsi dicat: ROGO, V[*T heres VICE*]||SIMAM PARTEM HEREDITATIS RESTITVAT, uniuersitatis di[*citur fideicommissum*]. | — Gai. 2, 247; Gai. 2, 250

62 Vniuersitatis dicimus, id est iuris, eo ipso, quod pars aliqua [*hereditatis res*] tituitur q——— rerum pars ——— ——— et e contrario si sin[*gulas res*] | relinquat, id est si sin- (20) gillatim relinquat, etiam si totum [*patrimo*]||nium, non dicitur uniuersitatis fideicommissum, sed singularum [*rerum fideicommissum*]. |

63 P——— postea, quid intersit inter uniuersitatis fideicommissum et singularum [*rerum fideicommissum*]. | qui tres (25) agros habet in patrimonio suo et dicit: TITIV[*S HERES ESTO, deinde a*]||dicit: ROGO TE, VT CVM ADIERIS HEREDITATEM, ILLVM ET ILLVM [*et illum AGRVM*] | RESTITVAS: licet paene totum patri-

---

lacunas uersuum 1—11. 16. 17. 19—21. 27 *suppleuit Chatelain* || 7 alioquin *scripsi*, alio[*]n *uel* alio[*] enim *A*, alio [modo] enim *Chatelain* || si non *A*ⁱ, et nisi *A*ᶜ || 10 uerborum *del.; Mommsen emendat* uerbo || 14 *talia fere desiderantur:* sing[ulae res, ubi per] || 15 res[tituit et qui] dimidiam *supplet Mommsen: unde Itali emendant* in omnibus rebus uidetur restituere et qui dimidiam restituit || 19 *post* restituitur *expectes* quamuis minima rerum pars relicta sit || 24 *ante* postea *Mommsen supplet* quaeris || 28 e[t illum agrum illis] restituas *Itali.*

monium reliquerit, [*non dicitur*] | uniuersitatis fideicommis- Gai. 2, 250
sum, sed singularum rerum [*fideicommissum. sed si pars*] |
aliqua hereditatis relinquitur per fideicommissum, dicitur
64 uniuersitatis [*fideicommissum. Voca*]|bitur alius heres directis
uerbis institutus, alius fideicommissarius .. [——] | heredi- 5
tatem, non partem hereditatis.

65 Fideicommissarius non potest suo iure adi[*re hereditatem*], | sed debet ab herede petere. et hoc est quod dicitur uulgo, fideic[*ommissum non in usur*]patione esse, sed in petitione, nec bona debet usurpare, sed [*petere*] | debet 10 ab herede, *ut* hereditatem ———————— ade[*at et*] | restituat ei fideicommissum. nam heres instituitur directis uerbis [————] | petit hereditatem, sed suo iure potest adire et adquirere si[————] | h.... aut fideicommitti h- —— bona fide qui ———————— | nam heredes 15 non facit nisi directa institutio, sed interdum is quidem erit l[*oco heredis*] | fideicommissarius, interdum erit loco legatarii. Gai. 2, 251

66 Apud ueteres autem neque lo[*co heredis erat*] neque loco legatarii, sed loco emptoris. plene ergo ex[*plicabimus*], quemadmodum apud ueteres loco emptoris fuit, *et* quando hodie 20 fid[*eicommissarius loco heredis est*] | quando loco legatarii. TVNC ENIM IN VSV ERAT EI CVI [*RESTITVE*]BATVR HEREDITAS NVMMO VNO EAM HEREDITATEM [*DICIS CAVSA VENIRE*]. Gai. 2, 252

67 Sicut superius diximus, fideicommissarius apud ueteres 25 nec heredis lo[*co erat nec*] | legatarii, sed emptoris. nam qui rogabatur hereditatem res[*tituere*], | apud ueteres ad-

---

2 rerum] A^c, rerum id est agrorum a A^i || 5 institutus a. fideicommissarius *ad supplementum a me propositum legerunt Itali* || ..] sed n A^i? || 6 non A^c, n A^i || 7 *lacunam suppleuit Chatelain* || 9 fideic[——] A^i, fidei[——] A^c || 10 [petere] debet ab h. ut (ut *incertum*) hereditatem ..... ade(*uel* adi)[at et] *Itali*, debet *reliquis omissis* A^c || 13 *post* uerbis *expectes fere* ideoque non *uel* neque ab alio *(sic Itali)* || 14/15 adire et A^i, aut directe A^c || h.... aut —— qui] *sic* A^c, h et .... sib A^i? || 16 *ante* sed *nescio an talia interciderint:* ergo fideicommissarius restituta hereditate non fit heres, *cf. Gai.* 2, 251 || is A^c, *om.* A^i || 20 et] etiam A || 22 tunc ... 24 uenire *sunt uerba Gai* || 22 [restitue]bantur (n *littera expuncta*) A || 26 nec A^c, neque A^i || heredes A || *lacunas uersuum* 26. 27 *suppleuit Chatelain* || nam A^c, namque A^i || 27 res[tituere] A^c, rest[ituere] A^i.

hibebat quinque testes libripende[*mque et ima*]|ginaria uendi- Gai. 2, 252
tione uidebatur uendere hereditatem illi f[*ideicommissario*;
unde] | loco uenditoris heres ipse, fideicommissarius loco emp-
fol. 106r toris era[*t et stipulationes*] || [*interpone*]bantur inter heredem et
fideicommissarium, quae solent interponi inter uenditorem 5
et | [*empto*]rem, ubi institutus heres uendit hereditatem.
68 Nam quando heres hereditatem deferre | [•• *gen*]eraliter
quia onera hereditaria apud eum manebant et actiones |
———————————————— ut quid-
quid uenditor hereditario | [*nomine*] soluerit bona fide —— 10
————————————————di | [——
—]rit emptoris nomine ————————————
———————— | [——]t esset •••• debet ————
———————————————— debeat sed distr—— |
[——]se ———————————————————— 15
et stipulabatur quidquid uendi | [——]test —— emptor ita:
stipulor a te, interrogo te sollemnibus | [——] spondes ——
———— quidquid hereditario nomine condemnatus | [*fueris
uel bona*] fide solueris ————————————
———— | [*condemna*]tus fuero in iudicio, bona fide sol- 20
uero illis priuatim iis semper de | [——] atur————
———————— manifestum esse debitum | [——] litigare
———————————————— | [——] d• soluero.
69 Ideo hoc dicit ne per iudicem supponas hoc | [——]
modo• creditor •• dicat ••••• soluis hereditatis no[*mine* —]d 25
condemnatus fuero uel l———————— reddi | [——]

uersus 1. 4. 7 *suppleuit Chatelain* || 7 diferre *A* || 8 quia A^i, quod A^c || manebant et actiones A^i, —— action— A^c || 9 *post* actiones *Itali supplent:* ei et in eum dabantur, ab emptore ita stipulabatur || 11 di A^i, —— A^c || 12 emptoris A^i, emptorio A^c || 13 t esset •••• debet A^i, esset —— A^c || 14 debeat sed distr A^i, —— A^c || 15 se A^c, s• A^i || 16 et stipulabatur A^i, —— A^c || [——]test—— emptorio A^c, [——] emptor ita A^i || 17 spondes A^i, sei pon A^c: *ante* spondes *Itali supplent* uerbis || 18 condemnatus [fueris uel bona] fide solueris A^i, condemnaberis [•bona] fide solui A^c || 20/21 soluero illis A^i, solui A^c || 21 atur A^i, ec A^c || 22 [——] litigare A^c, [——l]itigare A^i || 23. 24 d• soluero ideo A^i, de soluo induo A^c || 24 per A^i, p— A^c || hoc A^i, h— A^c || 24—26 hoc [——] modo • creditor •• dicat ••••• soluis hereditatis no[mine —]d A^i, h—[——]—— nudum te hereditate —— soluis hereditate ——[——] A^c || 26 uel l A^c, uel • A^i.

stipulabatur et emptor hoc modo: si quis creditor heredi- Gai. 2, 252
tarius | [——] proponere actionem ———— defensionem
suscipere ——— spon¦[*des?* —] • postea ————————
creditori ego soluam • | [——] et postea agam contra te:
suscipe defensionem in rem | [——] fueris aut r———— 5
——————————————— si uictus fueris ———— |
[—— *s*]ustineas •• non sequetur, ut onera hereditaria ———
———— |

70 [••• *e*] contrario fideicommissarius interrogabat heredem:
quidquid hereditario nomine | [*exege*]ris, mihi dari spondes? 10
—————————————————————— | [*heredi*]tarios
proponere actiones facturum esse spondes? • t • e ¦ [——] rem
in rem —— siue non ille exigat, sed mihi teneat*ur*, |
[——— *a*]ctionem cedere ————————————
sed hae | [———]t interponi inter heredem et fideicommis- 15
sarium. ideo apud ueteres loco empto¦[*ris erat*].

71 Hoc ipsum postea uisum est emendatione indigere —— Gai. 2, 253
——— | [———] heres autem pure heres ————————
batem erga | [———]ibus hereditariis ei donabant ———
———————————————— | [———]ieci fideicommis- 20
sarium et dicebat: ueni, suscipe causas ———

[*unum uel duo folia uidentur periisse*]

fol. 103v

71a quarta ex beneficio senatusconsulti Pegasiani tamen dicit Gai. 2, 257
illam d[———] | etiam hereditatem, ut non sit ei necessaria
ipsa quartam dare [———] | aius prospectum, cum antea 25
prospectum est senatusconsulto Trebell[*iano*—] | inter ———

72 ——————————————————— n. ueli •••••• tim adit
[———] | postea intr*o*ductum est Pegasianum, ne post •••••
•• rentes [———] | tenem liberi •••• um senatusconsulti

---

1 et emptor hoc modo A^i, ex hoc et dolo malo A^o || 2. 3 *quae post* action *lecta sunt, debentur Italis* || 4 et A^i, nec A^c || 5 fueris aut r A^c, t••cer• A^i || 7 •• non A^i, ei non A^c || hereditaria A^i, hereditatis A^o || 12 actiones A^i, actionis A^o || •t•e A^i || 13 rem ineas siue A^c || 14 cedere A^i, ——— A^c || 15 sed hae A^i || 16 *suppleuit Chatelain* || 18 heres a. p. heres A^o, • at pu— A^i || 19 batem A^c, •atem A^i || ei A^c, •• A^i || 20 ieci A^c, ••• A^i || 23 ex *uel* et A^o || tamen A^i?, tam A^c || 24 d——— etiam (et • A^i)] *possis temptare* damnosam esse || 25 quartam dare A^i, quarta •• dere A^c || aius A^i, alus A^c: *estne* [me]lius? || 27 n. ueli A^o, n ui A^i || 28 interadductum A || post iud' iuirrentes (*antea* iud'um rantes) A^o, postea liceret r•ntes A^i.

Pegasiani ** de quarta [———] | ———————— Gai. 2, 257
72 ———————————————— adi [———] | Gai. 2, 258
tus heres autem non dicat sibi inutile — fideicommissum
hereditatis [———] | partem retine ——— fuit, ut si heres
nolit adire heredi[*tatem*] | ———————————— 5
(72) ———————————————— | tur ————
———————————————— heres d[*icat*
hereditatem] | esse sibi suspectam ——— ius esse aditionem,
adeat fideicomm[———] | ————————
———————————— us prae[*tor. uel*] | praesidi 10
———————————————— heres
institutus [———] | puta potest dicere: ille scriptus heres
rogatus est mihi res[*tituere*; *heredi*]|tatem; suspectam *s*ibi
*esse dic*it. ego *par*atus sum [*onera*] | hereditatis in me sus-
cipere. meo periculo adeat et restit[*uat hereditatem. si*] | 15
coactus heres adierit hereditatem ——— restituerit heredi-
tat[*em* —] | ————————————
———————————— erre [———] | restitutae res
hereditatis ———————— loco ———————— |
hereditatem rogatus est restituere, non quod suspectam — 20
[———] | et nolit adire ————————————
coactus sit adi[*re coac*]|tus adire maneat obligatus, hunc
reddere heredita[*tem cons*]|titutum est, ut ita transeant
actiones, ac si ex Trebel[*liano resti*]|tuta esset hereditas
———————————————— Pegasian[———] | 25
et respondemus, ex senatusconsulto Trebelliano actiones
transfere[*ndas si con*]|pulsus heres a fideicommissario adit
hereditatem et restituet is[*tam* ———] | ————————

2 adi A^i, ——— A^c || 3 dicat sibi inutile fideicommissum hereditatis A^i, ——— fideicommissum ——— A^c || 4 partem retine A^i, parte remi A^c || 6 tur A^i || 7 heres d[icat h.] *Itali* || 8 ius etiam adition A^c, ius esse aditionis A^i: et periculosam eius esse aditionem, adeat, fideicomm[issum restituat] *suppleo* || 10 prae[tori uel] *suppleuit Chatelain* || 13 *lacunam suppleuit Chatelain* || 14 paratus] rogatus A || 16 coactus A^i, ——— A^c || hereditatem ——— restituerit h. A^i, i———tatem ——— A^c || 18 erre A^i, ——— A^c || 19 hereditatis A^i, h——— A^c || loco A^i, ——— A^c || 20 suspectam A^i, suspecta A^c || 21/22 nolit adire ——— coactus sit adi A^i, ——— A^c || 24 [resti]tuta esset hereditas A^i, ——— A^c || 25/26 pegasian [——] et respondemus A^i, et rmus A^c || 27 *suppl. Itali* || heres A^i, adire * A^c.

———— onera [————] | quartam, sed omne ius hereditatis transfert, et senatusconsulto P[*egasiano*] | ideo locus fit, quia non habet quadrantem beneficio testa[*toris;*] | totam enim hereditatem rogatus est restituere fideicommissario; [*suspectam*] | dixit et noluit adire ———— ipsius [————] | 5 Gai. 2, 258
fol. 103r quantum ad fideicommissarii contentionem et permisit institutus [————] || [————] erit scriptus heres, ipse quidem omnino emolumentum non re|[*tinet*], sed omne ius hereditatis transfertur ad fideicommissarium, ita ut actio|[*nibus tene*]atur uel habeat
73 obnoxios debitores hereditarios. Nam ipso | [*senatusconsulto* 10 *Pega*]siano ———— *a praetore coactus heredi*tatem heres adierit et restitu|[*erit hereditatem, t*]ranseant actiones, ac si ex senatusconsulto Trebelliano restitua|[*tur.* ——] non est locus Trebelliano, sed ex Pegasiano ista fideicommissa | [————*a*]c si ex Trebelliano restituta esset. 15

74 Vides ergo, quod si uni|[*uersitatis*] fideicommissum rogatus sit restituere, id est hereditatis partisue | [*eius*] non retenta quarta, tum cogitur adire hereditatem, etiamsi | [*cum singulae*] res relinquantur, non cogitur, sicut si legatum sit singularum | [————]itur heres adire, ut det legatario, et si 20 singularum rerum sit | [*fideicommissum. alit*]er ergo in uni-
75 uersitatis fideicommisso placuit propter uoluntatem. Quod | Gai. 2, 259 [————] est de eo herede, qui ex asse scriptus est, etiam de eo qui pro parte | [*scriptu*]s heres rogatus est restituere hereditatem s———— ex un|[*cia roga*]tus sit restituere, ex 25

---

2 transfert A^c, transfertur A^i || 3 habet q. b. testa[toris] totam enim *Itali*, habetur ex ———— [——] tot—— A^c || 6 permisit institutus A^i, primis —— A^c || 7 quidem A^c, quod A^i || 8 transfertur A^c, transfert A^i || 10 senatusconsulto Pegasiano *restituit Chatelain* || 11 *post* [pega]siano A^c *legit* postquam (?), *uix recte: expectes* cautum est, ut si || a praetore coactus *ad umbras litterarum restituerunt Itali* || 13 *post* restituatur *supplere possis:* in hoc enim || 14 ista fideicommissa A^i, ista fictio A^c?: ista hereditas trans[fertur, a]c *expectes* || 17 *post* partisue (*sic* A^i, *om.* A^c) *desiderantur fere talia:* [eius uel retenta uel] non || non A^i, • A^c || 19 res relinquantur A^i, te reliquant A^c: cum singulae *supplent Itali* || 20 *ante* heres *expectes* rerum non cogitur (cogitur *suppleuit Chatelain*) || et] *expectes* item || 21 [alit]er *Itali*, [——] re A^c || 23 est A^i, e A^c: quod [autem dictum] est *Itali; malim* quod [autem cautum] est || 25 s————] dicimus ut si *Itali* || ex un[cia roga]tus *suppleuit Mommsen*.

Pegasiano senatusconsulto regi, non ex | [——] sic restituere Gai. 2, 259
76 reliquas partes. Ergo hic non transeunt actio|[*nes et stipulationes*] erunt necessariae. quisque heres debet quartam —— | [*partem*] retinere, siue ex asse scripserit heredem, siue pro par|[*te* ——] eruatur —— Pegasianum senatusconsultum, 5
ut si non habeat quar|[*tam partem*] ————————— semissi ex defuncti | [*uoluntate*] habeat unam semis unciam, iam fiet necessarium | [——] senatusconsultum, ex Trebelliano restituit quattuor semis ———— | [————] res ——————————— transeunt actiones inter ———— | 10
77 [———] —— fideicommissa aut uniuersitatis sint aut singularum rerum, ut trac[*tauimus*. testator ergo potest dicere: ROGO TE HERES, VT ILLI GAIO SEIO DES CENTVM | [——]i Titio ————————————— TI ILLVM FVNDVM HERES DES|[—— *IL*]LAM DOMVM uel ILLI MAEVIO MANCIPIVM | [——]tit ••••• *re*lin- 15
quuntur et tota hereditas uel paene | [*tota leg*]*ata* sit. quod *si a* singulis fideicommissariis quartam relinquit, heres insti|-[*tutus ex Pe*]gasian*o* senatuscon*sulto* ——————————— | [——]t imperat suis liberis relinquuntur. hoc facit Pegasianum. | 20
78 [——] — legata ab his tantum possunt relinqui qui scripti sunt heredes; | [*contra a legat*]ario legatum relinqui non potest. n*on* potest dicere: TITIO DO LEGO ILLVM —— ||

1 senatusconsulto regi non ex] sctoregin ex A^c, sctoriginet A^i, *unde* senatusconsulto originem et *Itali* || restituere A^c, restituit A^i || 2 partis *A* || hic A^i, hereditariae A^c || actio[nes et stipulationes] *Itali* || 3/4 quartam suae partis [partem]? || 5 eruatur —— peg. A^i, ——tur peg. A^c: [idem obs]eruatur — *Itali* || sint A^c, sunt A^i || 12 trac A^i?, tri A^c || 12 et 13 *suppleuerunt Itali* || 13 heres *om.* A^i *(errore?)* || [——]i titio A^i: [uel ut ill]i titio *Itali* || 14 ti illum A^c, •• illum A^i || des A^i, res A^c || 15 uel illi maeuio mancipium A^i, illi —— ipsum ——— A^c || 17 insti[———]gasian ————— | A^c, insti[——]——— pegasiano senatusconsulto A^i || 23 non] n A^i, si A^c.

fol. 98▾ [*LIBER QUARTVS.*]

79 [*INTEN*]TIONEM ADIVDICATIONEM CONDEMNATIONEM ——— Gai. 4, 39

fol. 100▾

80 ———— ALIAE IN QVIBVS IVRIS CIVILIS INTENTIO EST. CETERAS VERO [*IN FAC*]TVM 5 Gai. 4, 45

———

fol. 105▾

81 || committitur, si per lasciuiam aut feruorem aut feritatem damnum [*factum est*; *et*] tenetur dominus, ut aut damnum Gai. 4, 80. 81
82 sustineat aut in noxam t[*radat*] animal. Sed interest, utrum serui filiiue nomine noxalis actio propo[*natur an*] animalium; nam si serui filiiue nomine condemnatus fuit do[*minus uel*] 10 pater, poe∗∗∗ in noxam dare etiam mortuum; condemn—— noxali actione potest seruum etiam mortuum in noxam dare.
83 [*Et non solum si*] totum corpus det, liberatur, sed etiam si partem aliquam corporis. denique tr[*actatur de*] capillis et unguibus, an partes corporis sint. quidam enim dicunt 15 [——]|tationi ——————— foris posita. animal m[*ortuum*] | dedi non potest.
84 Quare ratio est, ut serui mortui etiam dedantur? uoluere∗ [———] | r—— imponere seruis uel filiis, ut delinquentes semet t[———] | uel potestatem dominorum ∗∗∗. nam- 20 que hoc uolebant liberari a dom[——— *ser*]|uus delinquebat, non poterat dominus aut reddere, dabat [———
85 *no*]|xam p—————. Ergo cum praetor corpus te dedere dom[——] | parentem putes ——————— ——————— iure uti t[—— *do*]mino uel parenti etiam 25

———

6 *ante* committitur *supple* pauperies || *uersus* 8—10. 13. 17. *suppleuit Chatelain* || 9 an] an nomine *Chatelain* || 10 fuerit A^i || 11 poe∗∗∗] poen—— A^c, poe∗a∗ A^k?, poterunt A^i || condemn[atus dominus] noxali *Ferrini* || 14 tractatur de *suppleuit Dareste* || 15 quidam *secundis curis* A^c (*antea* quid) || 16 [——]tationi res (?) ——— actione (?) foris A^c, [ea addi]tamenta corporis esse: sunt enim foris *Itali, eaque ad umbras codicis quadrare putant* || 18 uoluere ∗ A^k, uoluere A^c, uolueru A^i || 19 *inter* [———] *et* imponere *Chatelain dubitanter legit* raptorum; *unde Mommsen efficit:* [in terrorem] raptorum || 20 uel A^c A^k, aut A^i || namque hoc A^c, neque ita A^i? || 22 dominus A^i A^k, dare in usum A^c || 23 [no]xam —— A^c, noxam p—— A^i, noxam pr—— A^k || 25 uti t A^c A^k?, uti c A^i || etiam A^c, et A^i A^k.

occidere eum et mortuum dedere in n[oxam ——] | —— Gai, 4, 80.
—————————————— patria potestas potest 81
n[————] | cum patris potestas talis est, ut habeat uitae
86 et nec*is* pot[*estatem*]. De filio hoc tractari crudele est, sed
•••••••• non est ••n post r[—— *occi*]¦dere sine iusta causa, 5
ut constituit lex XII tabularum. sed deferre iu[*dici*] | debet
propter calumniam.

87 Ergo ideo interest mortuum dedere [———]|ter animalibus nec est •m nisi •••••ctio•• ponis his quae ratione [*carent*]. 10

88 Nunc admonendi sumus, quod iudicium ——————— Gai. 4, 82
in prim[———] | ••• personae constituet actio —— sine personis legitimum [*iudicium*] | stare non potest, *et* cum non stet iudicium, nec res iudicata habebit effect[*um*.

89 *Ergo*] | tractamus, quae sint legitimae personae. nam 15
permittitur his qui haben[*t litem*, *ut pro*]prio nomine con-
90 sistant ut legitimae personae. Sed non solum per nos[*met ipsos pos*]|sumus litigare, sed etiam per alias, non per quascumque, sed per certas person[*as*, *scilicet per*] cognitores aut per procuratores aut per tutores aut curatores, qui pro 20
al[*iis ag*]|entes habent legitimas personas.

---

1 in n[oxam ——] A^i, i•[——] A^k, d[——] A^c || 4 neces *A* || potestatem *suppleuit Chatelain* || 4/5 sed quieti (?) mari non est san. post r[——] A^c, sed —— t•m•r•n —— pos[——] A^i || 5 [occi]dere ... 6 lex A^i *recte ut uidetur,* [——]dere sed est hoc ••• iure aut •••• quod praebebit lex A^c || 6 hoc iu[dici] A^i A^k, hoc [——] A^c || 8 interest mortuum] •• mortuum A^k, mortuum interest A^c || 9 est ... ponis] est licitum nisi ter actionem ponis A^c, e(st) • m——— n(isi) ee (= esse?) •••tio•• ponis A^k, est similis tractatio in penis A^i || 10 carent *suppleuit Chatelain* || 11 nunc a. sumus] *isdem uerbis incipere Gai.* 4, 82 *obseruarunt Itali* || iudicium omne uel nomine proprio [uel ali]enae *Itali, sed* prim *ante* [——] *certum uidetur, et pro* enae, *quod legit Chatelain,* pua *extare uidetur* || 12 constituet actio A^c, constituitur A^i || sine] *Itali,* sñ *A*, sed non *Chatelain* || 13 iudicium *suppleuerunt Itali* || et *om. A* || 14 res iudicata A^i, ——ta A^c || 15 legitimae personae *(ad coniecturam a me propositam)* A^i, legitima iudicia A^c || 15/16 nam permittitur his A^i *recte,* nisi praetor uel praeses prouinciae A^c || 16 litem ut *suppl. Itali* || 16/17 consistant ut A^i A^k, consistunt A^c || 17 sed non A^i, non A^c || 21/400, 1 legitimas personas his A^c, legitimas person. ex his A^i, legitim•s (?) persona (?) • hii A^k: *si recte uiderint Itali, possis haec sic restituere:* legitima*m* personam ex his.

91 Hi* quemadmodum tutor u[*el curator*] | constituantur, Gai. 4, 85
in primo commentario relatum est. cognitor cer[*tis uerbis* Gai. 4, 83
cons]|tituitur et a praesente praesenti datur hoc modo: si
uelim dare te [*quae mihi debes*] | ita dico: QVOD TECVM AGERE
fol. 105r VOLO DE ILLA RE, hoc est ******* [———] || [———] COGNI- 5
TOREM ILLVM GAIVM SEIVM; aut si reus uelit dare cognitorem:
QVOD TV | [*MECVM AGE*]RE VIS, IN EAM REM DO TIBI COGNITOREM
ILLVM GAIVM SEIVM.

92 Ergo ut cog|[*nitor*] constituatur, et praesentia necessaria
est et uerborum dictio; nam praesens | [*praesenti d*]*e*bet dare 10
cognitorem ——————————————— | [———]

93 det ——————————————————— | Gai. 4, 84
[———] ———————————————
[———] —————————— sed etsi absens fuit datus, non
est uitiosa | [*datio*; *nam s*]*i* postea cognitor consenserit, erit 15
cognitor. **** procurator | ——————————————
[———] —— absit procurator ——————————
—————————— | [———] dat————————
—————————————— | ——————————
—————————————— | [———] sollemni- 20
bus uerbis ——— opponitur * si praesens non est da|[*tus* —]
aduersus ——————————————————— |
[———] *bsis ——————————————————
—————— | [———] ——— aliorum ————— mandatum
absentis | ——— (*in A euanuerunt uersus 10*) ——— 25
—————————————————————— |
——————

1 curator *suppleuit Chatelain* || 2 *lacunam suppleuit Chatelain ad Gai.* 4, 83 || 3 praesenti A^i, *ut antea suppleuerat Ferrini* || si A^i A^k, non A^c || 5 est *******] est de(?) ***** A^k, est illo fundo A^i? || 5/6 cognitorem *dubitanter legit Chatelain: ante* cognitorem *cum Ferrinio suppleas* in eam rem do tibi, *cf. uers.* 7 || 7 *lacunam expleuit Chatelain* || 9 cognitor *suppleuit Ferrini* || et praesentia *suppleui, iam in A sibi apparere testantur Itali* || 10/11 [de]bet dare cognitorem A^i, [d]*bet dare —— A^k || 12 det A^i A^k || 15 *suppleuerunt Itali* || 17 dat *et* 21 uerbis *legerunt Itali* || 22 aduersus A^c, aduersar A^i || 24/25 mandatum absentis *legerunt Itali*; *idem in sequentibus uersibus* 10 *codicis A, quorum umbras incertas enotare noluimus, talia deprehendere sibi uisi sunt: in primo* [———] cognitor, *in II* [———] ——— interea — iudic ——— uelit alio |, *in III* [———] ———nit iudi, *in V* [———] ———ill, *in VI* [———] possumus, *in VIII* [———] ——— alien ——————— condemna |.

—————————————————————————— Gai. 4, 84

94 ——— | [*liti ag*]endae admittitur adiecta satisdatione, quia quod ex meo man|[*dato*] ——————————

———

fol. 104v

95 ——————— || uindiciarum. ergo cum duae sint actiones in rem et in personam: in rem a[*ut per petito*]|riam formulam agitur, iudicatum solui satisdatio interpon[*itur*, 6 *si*] | per sponsionem, pro praede litis et uindiciarum, non per sponsionem [– ——] | de —— eius ponitur satisdatio sine len – ——————— pro [*praede litis et*] | uindiciarum, et incipias quasi nouum audire et quaerere, ideo 10 —— | Gai. 4, 91. 93

96 NON TAMEN HAEC SVMMA SPONSION*I*S NON ENIM [———] | non est poene – ——— sponsione ——————— | poenalis sponsio. ideo nec restipulatio fit. interdum enim sponsio st[—— *si pro*]|bauero te 15 debere mihi xxx, dabis alia x, *eaque* sponsio poena[*lis est* —] | ceri ——————————— ergo ubi poenalis sponsi[*o est*, *resti*]|pulatio sequitur. dicit enim debitor: si non probas tibi xx*x* deberi, da[*bis mihi x*. | ubi poenalis sponsio est, est et restipulatio. ubi autem prae- 20 iud[*icialis est*, *cessat*] | restipulatio. Gai. 4, 94

97 OMNIA IVDICIA AVT LEGITIM[*O IVRE* | CONSISTVNT. SAEPE TRACTANTES DIXIMVS, Q[uod ——] | iudices non legitima, sed imperialia iudicia dent. de hac parte trac[*tandum*, *quae*] | legitima, quae imperialia —— 25 Gai. 4, 103. 104

———

4/5 *post* actiones *expectes:* in rem aut per sponsionem a[ut per formulam petitoriam, si per petito]riam formulam agitur || 6 interpon[itur si] *suppl. Scialoja* || 9 *lacunam suppleuit Chatelain* || 10 *post* nouum *Chatelain dubitanter legit* audire || 12 sponsiones *A* || *ante* non *intercidit* exigitur, *cf. Gai.* 4, 94 || 13 *post* enim *secundum Gaium suppleas* poenalis est || 14/15 restipulatio A^k A^i, stipulatio A^c || 15 enim A^i, nec A^c, n A^k || 16 xxx dabis alia x A^k, xxv d. alia ex A^c, xxv d. alia x A^i || 18 poenali *A* || sponti[o est resti]pulatio *mecum restituit Scialoja* || enim *Scialoja, sic uel* nihil *A* || 19 probas *Scialoja,* prob•• A^k, probat A^c || tibi A^i, нs A^c || xxx *scripsi,* xxv A^c A^i, •xx A^k? || deberi da A^i, deberi de A^c || 20 ubi . . . autem A^i, ubi p•••al•• •sp•n•o•• et restipul•• •bi autem A^k, uerbis praeferat sponsio esset restipulatio sibi at A^c || 23 q[uod aliquando] *supplent Itali.*

———— ex perso[*narum condicio*]ne ex loco et numero: si omnes litigatores ciues Romani sint, [*hoc est ex persona*]rum condicione; si unus iudex sit et ciuis Romanus, hoc est ex nu[*mero; ex loco*,] | si in urbe Roma uel int*ra* primum urbis Romae miliarium [*accipiatur*] | iudicium, tunc 5 uidebitur legitimum iudicium. Gai.4, 103. 104

98 Quod si aliqui*d* ex his no[*n* ——]rat, non erit legitimum iudicium, sed imperiale. puta si non unus i[*udex sit*,] | sed plures iudices sint —— urbe Roma nec intra primum ur[*bis Romae*] | miliarium, sed alibi accipiatur iudicium — si in his locis [——*iu*]dicium est, et si 10 aliquis ex litigatoribus peregrinus sit, ex his si [*quid est, imperi*]ale fit iudicium, quia ———— [*didi*]cimus, quid sit legitimum, quid imperiale. Gai.4, 105

99 Legitima iudicia anno [*et sex men*]sibus ex lege Iulia finiuntur. denique nisi *in*tra annum et sex menses [*fuerit le*]gi- 15 timum iudicium pronuntiatum, expirat. imperiale iud*icium* ———— | anno et sex mensibus et ———— Gai.4, 104

————

100 [*Imperiale*] | autem dicitur, quia imperio eius continetur, a quo concipitur, puta praetoris uel praesi[*dis prouinciae*]. | 20 imperiale tamdiu uiget iudicium, quamdiu praetor uel praeses. .. si ille ab [———] | ———— qui incepit, desinet ———— | imperio continentia iudicia, quia imperio praetoris uel praesid*is* conti- Gai.4, 105

————

1 ex perso[narum condicio]ne *recte Itali: ante* ex *suppleas* iudicia sint. idque pendet || 1/2 numero si omnes A^i A^k, numerosissimi A^c || ciues romani sint [hoc est ex persona]rum A^i, ———— [——] sint A^c || 4 ex nu[mero ex loco] *supplent Itali* || intra A^i, inter A^c || 5 accipiatur *suppleuit Ferrini* || iudicium A^c A^k, esse iudicium A^i || 6 quod A^i, sed A^c || aliquid *Ferrini,* aliquis *A* || no[n] A^c, non [—] A^i || 8 i[udex sit] *Itali,* [iudex] *Chatelain* || 8/9 urbe roma nec A^i, — si non A^c || 9 sed alibi A^i || 10 iudicium A^i || si in his locis A^c, *fortasse non recte* || 11 si [quid est imperia]le A^i, [imperi]ale A^c || 13 didicimus *suppleuit Ferrini* || 14. 19 *supplementa praestitit Chatelain* || 15 nisi A^i, si A^c || fuerit *supplent Itali* || 16 pronuntiatum expirat A^i, pronuntiatur ———— A^c || 17 anno et s. m. et *legerunt Itali soli* || 20 concipitur A^c A^k, accipitur A^i || uel praesi[dis p.] A^k, uel praesid[is p. ergo] A^i, [aut praesidis p.] A^c || 21 uel A^i A^k, et A^c || 22 ille ab[ierit] *suppleuit Mommsen* || 24 praesides *A*.

fol. 104r nentur, nam t[*amdiu iudex*] || [*potestatem ha*]bet iudicandi, Gai. 4, 105
quamdiu ille in imperio est, hoc est in magistratu; si [*uero*
101 *cessa*]uerit potestas, et iudex desinit ut apparet ergo, Gai. 4, 109
quod non qualitas actio[*nis facit*] legitimum iudicium, sed
102 numerus, condicio personarum, locus. Alioquin [*potest legi-* 5
tim]a esse actio et tamen imperiale esse iudicium, potest
etiam praetoria esse actio et tamen [*legitim*]um esse iudi-
103 cium. Puta ex lege Aquilia actio legitim*a* est. iudicium
[*si non intra*] primum urbis Romae miliarium agatur, non
erit legitimum [*iudicium*]; si non inter omnes ciues Roma- 10
nos, sed inter peregrinos, imperiale est iudicium; si [*non*
unus] detur iudex, sed et plures, non erit legitimum, sed
104 imperiale. Et e contrario [*ui bonorum*] raptorum actio
praetoria est; sed si apud unum iudicem ciuem Romanum
[*et in u*]rbe uel intra primum urbis Romae miliarium 15
Romanus ciuis [*aget contra ciues Roman*]os litigatores, erit
legitimum iudicium.

105 Vides, quod non qualitas actio[*nis effi*]cit aut legitimum
aut imperiale iudicium, sed numerus et locus et condicio
[*personarum, ut dixi*]mus. ea causa interest inter legitima 20
iudicia et imperiala.

106 Haec si tenetis, iam [*uidetis, quod*] in legitimo iudicio Gai. 4, 106. 107
ipso iure actio consumitur, in imperiali iudicio numquam
107 [*ipso iure consu*]mi potest. In legitimo iudicio non omnis
actio consumitur, sed ea sola, quae habet [*intentionem per*]- 25
sonalem in ius conceptam; nam est et in factum concepta.
108 Dicis: SI PAR[*RET TE DARE*] OPORTERE TOT MILIA uel ILLAM REM
et QVIDQVID TE DARE FACERE PRAESTARE OPORTET; ista est per-
109 sonalis [*actio in ius*] concepta. Nam ubi in rem actio pro-
ponitur, non potest consum*i* legitim*o* [*iudicio* ——] quomodo: 30

lacunas uersuum 1—7. 29 *expleuit Chatelain* || 3 et A^{i} A^{k}, etiam A^{c} || ut apparet *A*, esse. apparet *scribendum* || 5 condicio personarum A^{i}, cond* personarum A^{k}, condicio aut personarum A^{c} || 8 legitima *Scialoja*, legitimum *A* || 10 ciuis *A* || 12 et *del.* || 13 et e contrario A^{c} *(secundis curis)* || 15 [u]rbe A^{k}, urbem A^{c} || 20 personarum ut dixi *suppleuit Chatelain*, ****** *A* || ea causa] ea * (c? = causa) A^{k}, ratio A^{c} || 22 haec A^{k}, hoc A^{c} || 24 ipso iure consumi] ——— mi A^{k}, ——— si A^{c} || 29 nam *A*, *non* sed, *ut legerunt Itali* || ubi in rem actio proponitur A^{k}, uerbis in rem ali opponitur A^{c} || 30 consume legitimo] consumile legitimum A^{k} A^{i}, consimile legitimum A^{c}.

Gai.4.106. 107

Si PARRET ILLVM FVNDVM MEVM ESSE EX IVRE QVIRITIVM ••• et egeris in legiti[*mo* ••••]••, non consumis actionem. tamdiu enim potest tibi competere actio, quamdiu domi[*nus es, nam*] recte dominus quandoque dicit: Si PARRET ILLAM *REM* MEAM

110 ESSE EX IVRE QVIRITIVM. [••••••]•m litigans audiatur in iudiciis diuersis post primam actionem •er• [••••••]•• opponitur exceptio rei in iudicium, hoc est si adhuc pendet iudicium, [••••••]um deductae, si iudicata in legitimo iudicio, rei iudicatae de [••••••] • iudicatae ••••••le. 5

111 Sunt et actiones quae dicuntur in factum, de quibus iam [*locuti s*]*umus*. Et in factum actio non consumitur, quia quod factum est infectum fieri non potest. puta [*deposit*]i actio est in factum: SI PARRET ME DEPOSVISSE APVD ILLVM GAIVM SEIVM ILLAM REM [*NEC REDD*]ITAM ESSE DOLO MALO ILLIVS GAI SEI, CONDEMNA ILLVM. numquam ex eo quod [*actum est in*]fectum 10

112 esse, cum deposuisti, potest. Venis et dicis: SI PARRET ME DEPOSVISSE. [*deinde*] dicis: quod semel factum est, infectum fieri non potest, si quid opponitur tibi ex[*ceptio, quod i*]am res iudicata est uel in iudicium deducta est. 15

113 Ergo neque in factum [*actiones*] consumuntur neque in rem, sed solae actiones personales, quae habent [*in ius concept*]am intentionem. 20

114 In imperiali autem iudicio numquam actio consumitur, sed semper ————

1/2 ••• et egeris] ait (?) et eger A^k, l. tit. et egeres A^c, licet et egeris A^i || 2 •• non] p (*uel* q·), m̄ non A^k, tam̄. (= tamen) non A^i?, um non A^c || 3 nus es *suppl. Dareste,* nam *addidi propter lacunae spatium* || 4 rem *om.* *A* || 5 •m A^k, em A^i, mus A^c: [ne iter]um *supplet Mommsen,* [ne autem id]em *Itali* || 6 •er•] fere A^c, •er^i A^k || ••oppo-nitur A^k, e opp. A^c, ei opp. A^i || 7 exceptio … 8 deductae] *Mommsen haec deletis uerbis* rei in iudicium *ita sanare studet:* exceptio, hoc est si a. p. i., [rei in iudici]um deductae; *possis haec quoque temptare:* exceptio rei in iudicium [deductae, uel rei iudicatae], hoc est si a. p. i., [rei in iudici]um deductae || 8 in legitimo iudicio *rectius abesset* || 9 •(*ante* iudicatae)] in A^c, u A^k?, uel A^i || 11 locuti sumus *restituit Chatelain* || et A^c A^k, etiam A^i || 12 [deposit]i A^i, [——] e A^c || 15 actum] factum *Chatelain* || 17 deinde *suppleuit Mommsen* || 18 si quid *nescio quo modo corruptum est* || exceptio quod iam *restituit Chatelain* || 21/22 [in ius concept]am *mecum restituit Scialoja* || 24 *post* semper *talia desiderantur:* exceptione rei iudicatae uel rei in iudicium deductae opus est.

Die Beziehung des Werks auf Gai Institutiones ist durch den Inhalt gegeben. Gajus selbst wird auch einmal in § 56 angeführt. Das Werk schließt sich, wie ein Blick auf die obigen Anführungen des Gajus am rechten Rande lehrt, eng an die Ordnung der Institutionen an. Der Besprechung ist bisweilen der Anfang des Gajanischen Textes voraufgeschickt.[1]) Im Gegensatz zu der Bearbeitung, welche uns die Lex Romana Wisigothorum überliefert hat, gibt der Verfasser nicht eine verkürzende Umschreibung des Urtextes, sondern eine eingehende Erläuterung, welche nicht in die Tiefe, sondern lediglich in die Breite geht. Sie setzt ein Publikum voraus, welchem die klare und nicht gerade knappe Darstellung des Gajus noch nicht faßlich genug ist, sondern in einer unglaublich seichten Deutlichkeit vorgekäut werden mußte. Darin steht der wissenschaftliche Wert dieser Arbeit erheblich zurück hinter den sonst nächstverwandten Interpretationes zu den Konstitutionen und zu den Sententiae von Paulus des 4.—5. Jahrhunderts, welche uns ebenfalls hauptsächlich in der gedachten Lex Romana erhalten sind. Auch der Kommentar von Theophilus zu Justinians Institutionen, der unserem Kommentar sachlich am nächsten steht[2]), erhebt sich der Darstellungsweise nach weit über denselben.

Zutreffen mag die Vermutung, daß der Verfasser Rechtslehrer an einer provinziellen[3]) Winkelschule gewesen sei, der den Schülern die Anfangsgründe beizubringen hatte. Seine Kenntnisse scheinen überaus beschränkt gewesen zu sein. Aus unseren Bruchstücken hat man geschlossen, daß er kaum mehr als das besprochene Werk gekannt hat. Jedenfalls lag ihm das Bestreben fern, den von Gajus gebotenen Stoff zu ergänzen, nur ganz ausnahmsweise begegnet eine Be-

[1]) Diese Anführungen sind durch größere Schrift kenntlich gemacht in § 66. 79. 80. 96. 97. Nur durch Schreiberversehen ist der Anfang der Erläuterung in § 97 mit gleicher Schrift bedacht. — Übrigens begegnet man auch in den Erläuterungen mehrfach einer Anlehnung an den Wortlaut der Institutionen; vgl. zu § 9 Anfang (= Gai. 1, 93), § 10 (= Gai. 1, 124), § 67 (= Gai. 2, 252), § 88 Anfang (= Gai. 4, 82). — [2]) Vgl. darüber Ferrini, Sui frammenti giuridici del palinsesto di Autun, 1900, S. 4f. — [3]) Vgl. § 26 *a praeside*, § 72 *uel praesidi*.

merkung, welche eine über Gai Institutiones hinausgehende Rechtskenntnis verrät. Dahin gehören die Erklärung des Gegensatzes zwischen Universal- und Singularfideikommiß in § 61—64 und die in § 65 mitgeteilte Parömie: *fideicommissum non in usurpatione esse sed in petitione.*[1])

Bemerkenswert ist auch die Erklärung, welche für den Ausschluß der Konsumption ipso iure nach Anstellung einer rei vindicatio oder actio in factum gegeben wird; sie stimmt mit der von Keller[2]) gegebenen Begründung überein, welche heute noch von den meisten festgehalten wird[3]), daß sie nicht ausreichend ist, daß sie den Fall unberücksichtigt läßt, wenn auf eine actio in factum eine actio in ius concepta wegen desselben Anspruchs folgt (z. B. bei den Obligationen, für welche actio in ius und in factum concepta zur Auswahl stand, darauf ist in meiner prozessualischen Konsumation S. 26 f. 47 f. hingewiesen. Daß der Verfasser in § 110 die Einheit der exceptio rei iudicatae uel in iudicium deductae verneint, welche Lenel aus Gai. 3, 181. 4, 106. 107 abgeleitet hat[4]), sondern in Bestätigung der von Lenel allgemein geltenden Annahme die exceptio rei in iudicium deductae zustehen läßt, wenn der Vorprozeß nicht bis zum Erkenntnis gediehen ist[5]), sonst exceptio rei iudicatae, mag noch hervorgehoben werden.

Kaum wahrscheinlich ist, daß der Verfasser auch in dem für uns lehrreichsten Abschnitt über die noxae datio des Leichnams des Schuldigen oder eines Teils desselben (§ 82 bis 87) über das von Gai. 4, 80. 81 Mitgeteilte hinausgegangen sei.

In einigen Erläuterungen gehen die selbständigen Gedanken des Verfassers fehl. So bei der Erklärung des Verkaufs nummo uno an den Universalfideikommissar (Gai. 2, 252): in Erinnerung daran, daß Gajus die mancipatio als Schein-

[1]) Vgl. Paul. 4, 1, 18: *Ius omne fideicommissi non in uindicatione, sed in petitione consistit.* — [2]) Civilprozeß, Anm. 712. — [3]) In unserem Kommentar § 111 haben Ferrini-Scialoja die Ergänzung von Chatelain am Schluß: *numquam ex eo quod factum est infectum esse c. d. potest;* dann fehlt aber für die Worte *ex eo* die Beziehung. Wenn die Rücksicht auf den Umfang der Lücke nicht entgegenstände, würde ich ergänzen: *ex eo quod [actum est factum in]fectum.* — [4]) Edictum perpetuum § 275. — [5]) Unser Verfasser sagt: *si adhuc pendet iudicium;* dabei ist der Fall übersehen, wenn der Prozeß erloschen ist.

kauf bezeichnet (1, 113. 119), und daß diese auch als mancipatio nummo uno verwendet wurde (was Gajus allerdings nicht hervorhebt), gestattet er den Verkauf zwischen Erben und Fideikommissar zur mancipatio nummo uno. Noch gröber ist das Mißverständnis in § 67, daß die generelle Erteilung des römischen Bürgerrechts nur als ius Latii in Frage komme.

Für die Zeitbestimmung des Werks ist, abgesehen davon, daß es zweifellos der vorjustinianischen Zeit angehört, aus den Bruchstücken wenig zu entnehmen. Als der Vergangenheit angehörig erscheint das ius Latii in § 6—8. Manus und mancipium, welche Gai epitome ausgeschieden hat, treten hier in § 12 als fortgeltend auf. Ebenso bespricht § 19 die aqua et igni interdictio, an deren Stelle nach Ulpian (Dig. 48, 19, 2 § 1. 48, 13, 3) die Deportation getreten ist[1]); doch bleibt hier zu beachten, daß wohl in § 20 die Besprechung der aqua et igni interdictio fortgesetzt werden sollte, die aber durch Schreiberversehen zugleich mit dem Anfang der Besprechung der Gefangenschaft ausgefallen ist. Die cretio wird in § 33 ff. nur als Verordnung des Erblassers beziehungsweise Erwerb der testamentarischen Erbschaft erwähnt; in dieser Beschränkung hat sie bis auf Justinian bestanden.[2])

Auch auf die Besprechung der dem Formularprozeß angehörigen Gegensätze und Lehren im 4. Buch des Kommentars darf man kein Gewicht für die Zeitbestimmung legen. Es steht dahin, ob nicht zu Beginn des Buchs oder an sonst geeigneter Stelle der Verfasser Gelegenheit genommen hatte, sich allgemein über den Wegfall des Formularprozesses auszusprechen, so daß dann die Erörterungen über denselben lediglich als Erläuterungen des Gajus-Textes ohne Rücksicht auf praktische Bedeutung gegeben wurden.

Eher könnte man Anhaltspunkte daraus zu gewinnen suchen, daß einzelne Abschnitte des Gajus übersprungen sind, ähnlich wie es in den Scholien zu Ulpian ad Sabinum

---

[1]) In Gai. epit. 1, 6, 1 ist sie durch das Exil ersetzt. — [2]) Daß Arcadius sie nur für die Intestaterbschaft hinsichtlich der bona materna und materni generis aufgehoben hat, bemerkte bereits J. Gothofredus zu Theod. 8, 18, 8 § 1.

geschehen ist. Davon haben wir in unseren Bruchstücken nur ein Beispiel in der Übergehung von Gai. 4, 95 — 103 hinsichtlich der Prozeß-Kautionen. Daß der Verfasser das sacramentum im Prozeß vor dem Centumviralgericht (4, 95) wegläßt, könnte man aus dem Wegfall dieses Gerichtshofs erklären. Die gleiche Erklärung versagt aber bei den in den folgenden Paragraphen besprochenen Kautionen, die im ganzen noch im justinianischen Recht fortgalten.[1])

Wir gelangen somit für die Zeitbestimmung nicht zu einer festen Begrenzung; es ist nach dem Karakter des Werks nur die Wahrscheinlichkeit gegeben, daß dasselbe kaum dem dritten Jahrhundert angehört, also wohl in das vierte oder fünfte Jahrhundert fällt.

---

[1]) Bethmann-Hollweg, Civilprozeß des gemeinen Rechts, III S. 250.

Miszellen.

[Codex Justineus?] Im Anfang der von M. Gedeon zum erstenmal aus dem cod. Athous Pantocrator. n° 13 f. 175—189ᵇ (XII saec.) exzerpierten [1]) und von Chrys. M. Loparéw aus dem Genovens. (Bibliotheca della Missione Urbana) n° 33 f. 44ᵇ—60ᵈ (X saec.) jetzt herausgegebenen Vita des hl. Theodor, Abbas des Klosters Chora [2]), ist uns folgende Nachricht überliefert:

Οὗτος ὁ πιστότατος βασιλεὺς Ἰουστινιανός, πρὸ τῆς αὐτοῦ αὐτοκρατορίας, ἔτι ζῶντος Ἰουστίνου τοῦ ἑαυτοῦ θείου, ἡνίκα καὶ οἱ παλαιοὶ νόμοι ἀπεκαινίσθησαν καὶ ἡ νεαρὰ νομοθεσία ἐγράφη καὶ ἡνώθησαν πάντα ἐν μιᾷ βίβλῳ (ἐπικληθὲν τὸ βιβλίον ἡ νέα κέλευσις τῶν βασιλευόντων), τότε... Θεοδώραν ἑαυτῷ γαμετὴν γνησίαν ἠγάγετο (S. 2).

Wir erfahren hieraus eine neue und interessante Tatsache: unter Justin I. soll eine Arbeit unternommen und vollendet worden sein, die man gerne Codex Justineus nennen möchte.

Allerdings lassen uns die Angaben der Vita über den Charakter der Sammlung im unklaren. Es bleibt ganz ungewiß, ob die Sammlung chronologisch oder systematisch geordnet war. [3])

Ebenso läßt sich auch die Frage nicht beantworten, wann die *νέα κέλευσις τῶν βασιλευόντων* entstanden sein soll. Nicht später als 120 Tage vor dem Tode Justins, sagt die Vita, indem sie die Mitregierung beider Kaiser 120 Tage dauern läßt [4]); aber sogar über das

---

[1]) *Θεόδωρος ὁ ἀρχαιότερος κτήτωρ τῆς μονῆς τῆς Χώρας* (*Ὁ ἐν ΚΠ Ἑλλην. Φιλολ. Σύλλογος*, Beilage zu Bd. XXIV—XXVI, S. 19—23). — [2]) De S. Theodoro monacho hegumenoque Chorensi (504—595), Petropoli 1903, Beilage zu den „Memoiren der klassischen Abteilung der Kaiserl. Russ. Archäolog. Gesellsch., Bd. I (ich zitiere nach dem Separatabdruck). — [3]) Da in der Benennung die Verfasser der Novellen (*οἱ βασιλεύοντες*) in den Vordergrund treten, nicht der Veranstalter der Sammlung, wie in Codex Gregorianus, Hermogenianus, Theodosianus und Justinianeus, so ist anzunehmen, daß die Sammlung eine chronologische war. Andererseits wäre die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, unter den *οἱ βασιλεύοντες* den Justin und seinen zum Mitkaiser proklamierten Neffen zu verstehen, denn nur dann könnte man die Sammlung eine *νέα κέλευσις* nennen: die Gesetze der Vorgänger sind *οἱ παλαιοὶ νόμοι* im Gegensatz zu der *ἡ νεαρὰ νομοθεσία* der Veranstalter der Sammlung. — [4]) *Ἰουστῖνος ... λαβὼν τὸν ἑαυτοῦ ἀνεψιὸν ὀνόματι Ἰουστινιανὸν ἀντ' αὐτοῦ βασιλέα προεχειρίσατο ... ὃς καὶ συνεβασίλευσεν αὐτῷ εἴκοσι καὶ πρὸς ἑκατὸν ἡμέρας, καὶ*



Todesjahr Justins gibt sie eine so befremdende Chronologie, daß sofort die Frage nach der Glaubwürdigkeit der Vita aufgeworfen und unten besprochen werden muß. Die Vita fügt noch einen Fingerzeig hinzu: in dieselbe Zeit fällt die Heirat Justinians mit Theodora; ja, wenn wir nur genauer wüßten, wann diese Heirat stattgefunden hat! Doch ist uns dadurch ein Terminus a quo gegeben: die *νέα κέλευσις* ist nicht früher als die Novelle Justins l. 23 Cod. de nuptiis V, 4, d. h. nicht vor den Jahren 520 — 523 entstanden (vgl. Procopii Caesar. Historia Arcana, in opp., ed. Bonn., III, 66).[1])

Wie lange hat man an der Sammlung gearbeitet? Wenn man bedenkt, daß eine chronologische Bearbeitung des Stoffes ziemlich leicht, also in einer kurzen Zeit geradezu auf mechanischem Wege in der kaiserlichen Kanzlei ausgeführt werden konnte, so ist es zu vermuten, daß die Fertigstellung der *νέα κέλευσις* etwa ein Jahr beansprucht haben dürfte: der systematisch geordnete Codex Justinianeus wurde in etwa 14 Monaten fertig, der ebensolche Codex Theodos. in drei Jahren. Zweifellos hat auch der Verfasser der Nachricht nur eine umschreibende Ausdrucksweise anwenden wollen: statt einfach zu sagen „im Jahre so und so", oder „in demselben Jahre" (hat Justinian Theodora geheiratet), sagt er: „*ἡνίκα οἱ παλαιοὶ* ... geschah diese Heirat.

Die Hauptfrage bleibt aber immer: Ist die Nachricht überhaupt richtig, oder hat der Hagiograph in verworrener Weise den Codex Justinianeus dem Justin zugeschrieben? Eine mehr oder weniger erschöpfende Erörterung über die Glaubwürdigkeit der Vita dürfte zur Zeit noch nicht am Platze sein, da die vorhandene Ausgabe der Vita als unkritisch, also unzuverlässig, bezeichnet werden muß; vorläufig sei nur einiges angeführt.

Die Vorrede der Vita verrät zunächst gleich beim ersten Blick eine sklavische Abhängigkeit von der Vorrede des Theophanes zu seiner Chronographia (ed. de Boor), man muß beide Stücke vor Augen haben, um die Angaben der Vorrede zur Vita würdigen zu können.[2]) Was hier über die Quellen der Vita mitgeteilt wird, ist

---

ἐτελεύτησε, καταλιπὼν τὴν βασιλείαν Ἰουστινιανῷ (S. 2). Die Stelle ist etwas verworren, weil nicht selbständig.

[1]) Dadurch, daß der Vf. den Kaiser Iustin *ἐν ἔτει ἑξακισχιλιοστῷ εἰκοστῷ πρώτῳ ἀπὸ κτίσεως κόσμου, ἀπὸ δὲ τῆς θείας σαρκώσεως X ... ἔτους πεντακοσιοστοῦ εἰκοστοῦ πρώτου* sterben läßt, wird nichts für die nähere Zeitbestimmung gewonnen, denn er hat einfach nur falsch die Aera des Panodorus umgerechnet; bei Cedrenus (Migne CXXI 700) steht richtig: *κόσμου ἔτος ,ϛκα', τῆς σαρκώσεως φκζ'*.

[2])

Vorrede.	Theophanes.
Οἱ μακαριώτατοι καὶ ἅγιοι πατέρες, οἱ πρὸ ἡμῶν καὶ ἐξ ἡμῶν διὰ καθαροῦ καὶ ἀνεπιλήπτου βίου ἐν Χριστῷ ἀναλάμψαντες, ἐλλόγιμοι ἄνδρες καὶ πολυμαθέστατοι ὑπάρχοντες, πολλάς τε ἱστορίας καὶ βίους πατέρων	*Ὁ μὲν μακαριώτατος ἀββᾶς Γεώργιος, ὁ καὶ σύγκελλος γεγονὼς Ταρασίου τοῦ ἁγιωτάτου πατριάρχου ΚΠ, ἐλλόγιμος ἀνὴρ καὶ πολυμαθέστατος ὑπάρχων πολλούς τε χρονογράφους καὶ ἱστοριογράφους ἀνα-*

Vorrede.

ἀναγνόντες καὶ ἀκριβῶς ἅπαντα ἐπιστάμενος τὰς τῶν ἁγίων πράξεις γραφῇ παραδέδωκαν· ἐπεὶ δὲ τὸ τέλος τοῦ βίου τούτους κατέλαβε καὶ εἰς πέρας τὸν[a]) ἑαυτῶν ἀγαγεῖν σκοπὸν μὴ ἰσχύσαντες ἐν ὀρθοδόξῳ πίστει πρὸς κύριον ἐξεδήμησαν, ἡμῖν ὡς γνησίοις τέκνοις ἐκ τοῦ ἁγίου πνεύματος καὶ τοῦ θείου βαπτίσματος τάς τε βίβλους, ἃς συνέταξαν, καὶ τὸν τοῦ ὁσιόυ πατρὸς ἡμῶν Θεοδώρου βίον[b]) ἀτέλεστον καταλελοίπασι, μικράν τινα περὶ τούτου βραχυλογίαν ἐν τούτοις ἑαυτῶν πονήμασι γράψαντες καὶ ταύτην ὧδε κἀκεῖσε διὰ μνήμης ἐγκατασπείραντες, ἀφορμὰς παρασχόντες ταῖς μετέπειτα γενεαῖς τὰ ἐλλείποντα ἀναπληρῶσαι. ἡμεῖς δὲ τὴν ἑαυτῶν ἀμαθίαν οὐκ ἀγνοοῦντες καὶ τὸ στενὸν τοῦ λόγου, παρῃτούμεθα τοῦτο ποιῆσαι ὡς ὑπὲρ ἡμᾶς τὴν ἐγχείρησιν οὖσαν. οἱ δὲ κοινωνοῦντες τοῦδε τοῦ ὁσίου τὴν μνήμην ἄνδρες πνευματικώτατοι ἐν κυρίῳ πολλὰ παρακαλέσαντες ἡμᾶς μὴ ὀκνῆσαι καὶ ἀτελὲς καταλιπεῖν τὸ ἔργον διὰ τὸ μὴ τοῖς τῆς λήθης βύθοις παραδοθῆναι καὶ ἐπαμαυρωθῆναι, ἐβιάσαντο ἐπὶ τοῦτο ἐλθεῖν. διὸ καὶ ἀναγκασθέντες διὰ τὴν τούτων ὑπακοὴν εἰς τὰ ὑπὲρ ἡμᾶς ἐγχειρήσαντες, κόπον οὐ τὸν τυχόντα κατεβαλόμεθα.[c]) πολλὰς γὰρ βίβλους καὶ ἡμεῖς ἐκζητήσαντες κατὰ τὸ δυνατὸν ἡμῖν καὶ ἐρευνήσαντες, καθάπερ μέλισσα τὰ ἄνθη συλλέξαντες[d]), τὸν τοῦ ὁσίου Θεοδώρου βίον συνεγραψάμεθα, οὐδὲν ἀφ' ἑαυτῶν συντάξαντες, ἀλλ' ἐκ τῶν ἁγίων πατέρων καὶ ἱστοριογράφων, Θεοδωρήτου φημι καὶ Φιλοστοργίου, Ἡσυχίου τε καὶ Δωροθέου τῶν λογογράφων ἀναλε-

Theophanes.

γνοὺς καὶ ἀκριβῶς τούτους διερευνησάμενος (hat eine kurze Chronographie bis auf Diokletian verfaßt); ἐπεὶ δὲ τὸ τέλος τοῦ βίου τοῦτον κατέλαβε καὶ εἰς πέρας ἀγαγεῖν τὸν ἑαυτοῦ σκοπὸν οὐκ ἴσχυσεν, ἀλλά, καθὼς προέφημεν, μέχρι Διοκλητιανοῦ συγγραψάμενος τὸν τῇδε βίον κατέλιπε καὶ πρὸς κύριον ἐξεδήμησεν ἐν ὀρθοδόξῳ πίστει, ἡμῖν ὡς γνησίοις φίλοις τήν τε βίβλον ἣν συνέταξε καταλέλοιπε καὶ ἀφορμὰς παρέσχε τὰ ἐλλείποντα ἀναπληρῶσαι· ἡμεῖς δὲ τὴν ἑαυτῶν ἀμαθίαν οὐκ ἀγνοοῦντες καὶ τὸ στενὸν τοῦ λόγου παρῃτούμεθα τοῦτο ποιῆσαι ὡς ὑπὲρ ἡμᾶς τὴν ἐγχείρησιν οὖσαν. αὐτὸς δὲ πολλὰ παρακαλέσας ἡμᾶς μὴ ὀκνῆσαι καὶ ἀτέλεστον καταλιπεῖν τὸ ἔργον ἐβιάσατο ἐπὶ τοῦτο ἐλθεῖν. διὸ καὶ ἀναγκασθέντες διὰ τὴν τούτου ὑπακοὴν εἰς τὰ ὑπὲρ ἡμᾶς ἐγχειρήσαντες κόπον οὐ τὸν τοχόντα κατεβαλόμεθα. πολλὰς γὰρ βίβλους καὶ ἡμεῖς ἐκζητήσαντες κατὰ τὸ δυνατὸν ἡμῖν καὶ ἐρευνήσαντες τόδε τὸ χρονογραφεῖον ἀπὸ Διοκλητιανοῦ μέχρι τῆς βασιλείας Μιχαὴλ καὶ Θεοφυλάκτου τοῦ υἱοῦ αὐτοῦ ...

... συνεγραψάμεθα, οὐδὲν ἀφ' ἑαυτῶν συντάξαντες, ἀλλ' ἐκ τῶν ἀρχαίων ἱστοριογράφων τε καὶ λογογράφων ἀναλεξάμενοι ἐν τοῖς ἰδίοις τόποις τετάχαμεν ...

---

[a]) ed. τῶν (?). — [b]) ed. βίον Θεοδώρου. — [c]) κατεβαλλόμεθα, korrigiert der Herausgeber die Hs., ohne Grund. — [d]) καὶ συλλέξαντες?

nicht so ganz ohne weiteres anzunehmen. Allerdings scheint die Behauptung des Verfassers, ihm habe eine kurze unvollendete Lebensbeschreibung vorgelegen, wohl glaubwürdig, denn zweifellos erklärt sich dadurch auch eine so getreue Wiedergabe der Worte des Theophanes: die Ähnlichkeit der eigenen Lage mit der des Theophanes mag ihn dazu verleitet haben. Es bleibt aber ganz ungewiß und doch für die Glaubwürdigkeit der uns interessierenden Nachricht nicht unwichtig: welche Periode des Lebens des Heiligen war Gegenstand der als Vorbild zitierten (oben p. 411 lin. 14) *μικρά τις βραχυλογία*? Wenn die erste, etwa bis zur Gründung des Klosters *Χώρα*, dann gewinnt die Annahme viel Wahrscheinlichkeit, daß auch unsere Nachricht daraus geflossen sein könnte; wenn die zweite, die Periode des ruhmreichen Erfolges in Konstantinopel, dann ist sehr wohl möglich, daß schon der der Epoche des Heiligen nahe Byzantiner über die ihm nun nicht näher bekannte Lebensperiode einiges als Einleitung auf Grund der ihm zu Gebote stehenden Mittel vorausschicken zu müssen glaubte.[1])

Vorrede.	Theophanes.
ξάμενοι, ἐν ἰδίοις τόποις τετάχαμεν. καὶ γὰρ οὐ μικρὰν ὠφέλειαν ὡς οἶμαι καρποῦται ὁ τῶν ἁγίων τοὺς βίους ἐντυγχάνων. εἴ τις δέ τι ἐν τούτῳ τῷ πονήματι ἡμῶν λογογραφίας εὕροι ὀρθότητα, τὴν πρέπουσαν τῷ θεῷ εὐχαριστίαν ἀποδώσει καὶ ἡμῖν τοῖς ἀμαθέσι καὶ ἁμαρτωλοῖς διὰ τὸν κύριον ὑπερεύξηται. καὶ εἴ τι ἐλλεῖπον εὕροι τῇ ἀμαθίᾳ ἡμῶν τοῦτο λογίσηται[a]) *καὶ τῇ ἀργίᾳ τοῦ χαμερποῦς νοὸς ἡμῶν συγγνώσεται*[b]) *ἡμῖν διὰ τὸν κύριον· φίλον γὰρ θεῷ τὸ κατὰ δύναμιν· ἄρξομαι δὲ λοιπὸν ἔνθεν τῆς διηγήσεως καλὴν ὅτι μάλιστα ταύτην ὑπάρχουσαν, τὸν θεὸν ἔχων καὶ τὸν ὅσιον ὁδηγοῦντά*[c]) *με καὶ τὰς εὐχὰς ὑμῶν τῶν ἀκροωμένων βοήθειαν* (S. 1—2).	. . . *οὐ γὰρ μικρὰν ὠφέλειαν ὡς οἶμαι καρποῦται ὁ τῶν ἀρχαίων τὰς πράξεις ἀναγινώσκων· εἴ τις δέ τι ἐν τούτῳ τῷ πονήματι ἡμῶν ὀνησίφορον εὕροι, τὴν πρέπουσαν τῷ θεῷ εὐχαριστίαν ἀποδώσῃ καὶ ἡμῖν τοῖς ἀμαθέσι καὶ ἁμαρτωλοῖς διὰ τὸν κύριον ὑπερεύξηται· καὶ εἴ τι ἐλλεῖπον εὕροι, τῇ ἀμαθίᾳ ἡμῶν τοῦτο λογίσηται καὶ τῇ ἀργίᾳ τοῦ χαμερποῦς νοός· ἡμῶν καὶ συγγνώσεται ἡμῖν διὰ τὸν κύριον· φίλον γὰρ θεῷ τὸ κατὰ δύναμιν* (ed. De Boor, 3—4).

[a]) *ὑπερεύξηται . . . λογίσηται* wird vom Herausgeber in *ὑπερεύξεται . . . λογίσεται* korrigiert, ohne Grund; es wäre dagegen das *ἀποδώσει* in *ἀποδώσῃ* zu korrigieren. — [b]) Es sollte sein: *καὶ συγγνώσεται*, vgl. Theoph.: hierbei würde man erwarten *συγγνώσηται*, wie hier, so auch bei Theoph. — [c]) *ὁδηγοῦντας*?

[1]) Wir möchten das letztere annehmen, denn 1. gerade die Zeit vor der Rückkehr nach Konstantinopel wird so beschrieben, daß man überall entweder Unselbständigkeit oder stereotype Redeweise leicht bemerkt; 2. die Beschreibung ist sehr kurz und verrät nirgends die Hand bezw. die Erinnerungen eines Augenzeugen; 3. die Legendenbildung ging in Byzanz sehr rasch vor sich, und wovon die Zeitgenossen so gern erzählten, — die Wundertaten, das blieb fest auch im Gedächtnis der Nachkommen.

Außer der μικρὰ βραχυλογία will der Verfasser viele Historiographen benutzt haben; aber diese kommen hier nicht in Betracht, weil keiner von ihnen etwas über die Epoche, in deren Laufe sich die in der Vita zu erzählenden Ereignisse abspielen, geschrieben hat: die geschichtlichen Werke von Theodoret und Philostorgius gehören der ersten Hälfte des V. Jahrhunderts an, Hesychios hat die Geschichte des V. ökumenischen Konzils verfaßt, über den Dorotheus wissen wir überhaupt nichts. Also von diesen Verfassern kann unser Hagiograph unmöglich seine uns interessierenden Angaben abgeschrieben haben, abgesehen davon, daß es fraglich ist, ob er diese Geschichtswerke wirklich benutzt hat; in bezug auf Theodorets Geschichte ist die Frage zu verneinen.

Dagegen werden die wirklich benutzten Quellen nicht erwähnt: so Theophanes' Chronographia (vgl. I, 217, 4—11 mit S. 7) und eine, die unserem Verfasser mit Georg. Cedrenus gemeinsam zu sein scheint. Jedenfalls können wir in bezug auf die uns interessierende Nachricht der Vita mit Bestimmtheit sagen, daß sie in keinem uns zur Zeit bekannten über die Epoche von dem Jahre 500 an geschriebenen Werke zu finden ist. Da nirgends auch nur eine entfernte Erinnerung an diese Nachricht enthalten ist, so wäre ihre Quelle entweder in einem jetzt verschollenen Werke spezielleren Inhalts, etwa der Historia Arcana Procopii und dergleichen ähnlichen, vielleicht auch die Regierung Justinians beschreibend[1]), oder in der ursprünglichen Redaktion der Vita selbst zu suchen. Vor dieser Alternative muß man einstweilen ganz ratlos stehen bleiben und das Urteil der Spezialisten in der Hagiographie oder auch einen neuen Fund abwarten. Sollte die Entscheidung zu Gunsten der ursprünglichen Redaktion der Vita ausfallen, dann würden wir in der Vita, deren uns erhaltene Redaktion nicht vor der Mitte des IX. Jahrhunderts entstanden sein kann, ein Zeugnis über die kodifikatorische Tätigkeit Justins erhalten, das den Ereignissen selbst sehr nahe steht: Der heilige Theodor soll in der zweiten Hälfte des V. Jahrhunderts geboren und in der zweiten Hälfte des VI. Jahrhunderts im Alter von 91 Jahren gestorben sein. Da die ursprünglichen Verfasser seiner Vita nach dem Gedächtnis schreiben konnten, so ist ihr Werk kaum später als auf das Ende des VI. oder den Anfang des VII. Jahrhunderts zu setzen. Daß die Vita so früh in ihrer ursprünglichen Form entstehen konnte, erklärt sich aus der hervorragenden Rolle und Bedeutung des Heiligen für seine Zeitgenossen, die noch in den späteren Generationen fortwirkte, wodurch auch das Erscheinen einer neuen Bearbeitung der Vita erklärt werden muß. Wir stehen vor der Aufgabe, die Elemente der ursprünglichen Redaktion (μικρά τις βραχυλογία) auszusondern und ihre Quellen zu

---

[1]) Es ist doch bezeichnend, daß in der Nachricht meines Wissens die zweite Stelle enthalten ist, wo über die Heirat Justinians gesprochen wird: bisher war die Angabe des Procopius Hist. Arc. die einzige.

eruieren: erst dann wird der Wert der uns erhaltenen merkwürdigen Nachricht völlig zu Tage treten. Möge diese Aufgabe nicht vergessen und von einer sachkundigen Hand gelöst werden![1])

St. Petersburg. Wladimir Beneschewitz.

[Zur Ableitung der Worte vas und praes.] In Bd. 23 S. 440 dieser Zeitschrift leitet Mommsen das Wort vas von vadere, praes dagegen von praevidere ab. Diese Ableitung läßt m. E. den Sinn dieser Worte unerklärt, und weit wahrscheinlicher ist mir eine andere, die von neueren Gelehrten angenommen wird und auf die ich schon in meiner Abhandlung über das nexum hingewiesen habe (Bd. 23 S. 97). Danach ist vas urverwandt mit got. wadi (Handgeld, Pfand)[2]), gawadjon (verloben), althochdeutsch wętti (Pfandvertrag, Pfand) = neuhochdeutsch wette, litauisch wadů'ti (ein Pfand auslösen, loskaufen). Die indogermanische Wurzel ist vădh; dh aber wird im Germanischen zu d, im Hochdeutschen vor j zu tt. Zwischen medius und Mitte besteht eine ganz gleichartige Urverwandtschaft. Praes aber ist entstanden aus prai-veds, älter prai-vads.[3]) Der praes ist einfach ein praevas. In dem prae kommt m. E. zum Ausdruck, daß es sich hier um ein Vorzugspfand handelte. War die gleiche Person einem Privaten gegenüber vas und einer Gemeinde gegenüber praes geworden, so ging das Recht der Gemeinde vor.

Straßburg i./E. Lenel.

[Zu dem von Mommsen Bd. XXII S. 195 abgedruckten Papyrus.] Das Datum der Urkunde „CC. consulibus“ kann gelesen werden VV. CC. cons. Allein diese Bezeichnung findet sich nach Krügers Index nur in den Jahren 367, 381, 454, 531 und 532. Alle diese Daten erscheinen als zu spät für unseren Papyrus.

Es bleibt daher nur übrig, die Buchstaben CC zu lesen CAESARIBUS. Diese Bezeichnung trifft zu für die Konsulate der Jahre 294, 300, 305 und 321.

Das letzte dieser Jahre dürfte ebenfalls als zu spät von vornherein außer Betracht fallen. Die Datierungen des Jahres 305 sind unsicher und gestatten keinen sicheren Schluß. Aus dem Jahr 300 kennen wir nur eine einzige sicher datierte Konstitution.

---

[1]) Ich bedaure es sehr, daß weder Zeit noch Raum mir gestatten, eine genauere Untersuchung über das syrisch-römische Rechtsbuch anzustellen oder gründlich auf die Suche nach den Quellen der Nachricht zu gehen. Die Heiligenleben müßten eine erkleckliche Ausbeute liefern, wie z. B. auch die von einem Zeitgenossen geschriebene Vita des heiligen Sabas von Jerusalem († 532) zeigt, wo sich das Datum des in der Ausgabe P. Krügers undatierten C. J. 1. 17 de haeret. et manich. I, 5 findet (vgl. Cotelerii, Monumenta Ecclesiae Graecae. Paris. 1677. t. III, 342). — [2]) Vgl. Sommer, Handb. der lat. Laut- und Formenlehre (1902) S. 384. — [3]) Vgl. Solmsen, Studien zur lat. Lautgeschichte (1894) S. 118.

Ganz anders das Jahr 294. Dieses und das vorhergehende Jahr zusammen bilden den Höhepunkt der so fruchtbaren Gesetzgebung Diokletians und Maximians samt den beiden Cäsaren Constantius und Maximianus. Die Zahl der Konstitutionen dieser Jahre übertrifft weit die jedes anderen Jahres. Es spricht daher von vornherein die größte Wahrscheinlichkeit dafür, daß unser Fragment diesem Jahre angehört.

In dieser Annahme werden wir bestärkt durch den Umstand, daß der Sprachgebrauch des Fragmentes durchaus mit dem der sicher datierten Konstitutionen dieses Jahres übereinstimmt. Ich stelle einander gegenüber:

Fragment:	Cod. Just.
si contra reum narratio falsi eligitur	1, 22, 2 in juris narratione mendacium
posse nocere constat	2, 4, 29 potest nocere
	4, 13, 4 posse conveniri constat
	4, 38, 9 hujusmodi placitum ei nocere non potuit
neque jura permittunt	4, 10, 12 jura non patiuntur
	5, 62, 23 religionis ratio non permittit
hujusmodi passis quaestionem	7, 16, 35 pati quaestionem
aditus rector provinciae	7, 48, 3 rector aditus provinciae
	4, 6, 9 aditus rector provinciae
saepe constitutum	7, 53, 9; 7, 56, 4 saepe constitutum.

Auch die Namen Aurelius und Severus erscheinen, wenn auch nicht vereinigt, in Konstitutionen dieses Jahres, der erstere Cod. Just. 4, 35, 15; 4, 37, 5; 4, 65, 26, und in den Codd. Herm. und Greg.; der letztere Cod. Just. 4, 38, 9.

Die Stelle spricht, wie mir scheint, zuerst davon, daß irgend ein Vorteil dem Aurelius Severus rescripto mendaci esse precationibus impetratum. Es mag damit eine, freilich um 20 Jahre spätere, Stelle von Konstantin verglichen werden:

Cod. Theod. 1, 2, 2: Contra jus rescripta non valent quocunque modo fuerint impetrata.

Dazu die Interpretatio:

Quaecunque contra leges a principibus fuerint obtenta non valeant;

und Interpretatio zu Cod. Theod. I, 2, 6:

quicquid non vera sed falsa petitio a principe obtinuerit non valebit.

Zum weiteren Inhalt der Stelle ist etwa zu verweisen auf Ulp. libro decimo ad edictum, Dig. 5, 1, 10:

Destitisse videtur non qui distulit, sed qui liti renuntiavit in totum: desistere enim est de negotio abstinere quod calumniandi

animo instituerat. plane si quis cognita rei veritate suum negotium deseruerit nolens in lite improba perseverare, quam calumniae causa non instituerat, is destitisse non videtur.

Andere mögen nun vielleicht mit der Stelle weiter kommen als ich.

Zürich. **A. Schneider.**

[Nachtrag zu dem Aufsatz: Rescripte auf Papyrus, Bd. 23 S. 356.] Meine Bemerkung a. a. O. S. 360 Anm. 1. „Ein Wortindex zu den Constitutionen fehlt" bedarf insofern der Einschränkung, als Herr Prof. Dr. Hugo Krüger in Münster für einige Buchstaben einen Index zum Codex Iustinianus hergestellt hat. Da sich unter diesen Buchstaben auch E befindet, so hatte Herr Prof. Krüger die Freundlichkeit, mir die Stellen mit Edictum zu übersenden; ich habe danach für edictum perpetuum nachzutragen (a. a. O. S. 368): Lauf der bonorum possessio: Gord. 6, 10, 1 (a. 244) Diocl. 6, 9, 6 (294). — Klage wider den Beschädiger und Räuber ex naufragio uel incendio Diocl. 6, 2, 18 (294), — wider den fraudator Diocl. 7, 75, 6. — Praeiudicium (vgl. a. a. O. S. 369 N. 6) Diocl. 7, 16, 21 (293). — Endlich cautio legatorum servandorum causa Sev. et Ant. (offenbar Papinian.) 6, 46, 2, 1 (205). — Eine Übersicht der Stellen mit secundum formam edicti, edictum praetoris, edictum = Einzeledikt etc. würde den Rahmen dieser Miszelle durchbrechen. **O. Gradenwitz.**

[Neue Bruchstücke aus Ulpians Disputationen.] Die Straßburger Universitäts- und Landesbibliothek hat unter anderen ägyptischen Stücken ein halbzerstörtes Pergamentblatt erworben, das zwei bisher unbekannte Fragmente aus Ulpians Disputationen enthält. Das Blatt trug ursprünglich auf jeder Seite zwei Kolumnen; die innern Kolumnen, d. h. die erste der Vorder- (Ia) und die zweite der Rückseite (IIb), sind fast unbeschädigt erhalten; von der zweiten Kolumne der Vorderseite (Ib) sind dagegen nur die Anfänge der 7 letzten Zeilen und ebenso von der ersten Kolumne der Rückseite (IIa) nur die 7 letzten Zeilenschlüsse übriggeblieben. Die Kolumne hatte 29 Zeilen; die Zeilen variieren von 16 bis 24 Buchstaben. Ich habe den Fund in den Sitzungsberichten der Berliner Akademie (Bd. XLI S. 922 ff. nebst Nachtrag im gleichen Band) unter Beigabe eines Lichtdrucks eingehend besprochen und beschränke mich daher hier darauf, die Leser der Zeitschrift mit dem entzifferten Text bekanntzumachen und ihn durch einige kurze Anmerkungen zu erläutern.

Ia.

facit, tunc eum et sequen*ti* *con*demnandum: sic fieri, ut sua, inqui*t*, culpa ab altera bona eius vene*an*t aut, ut quibusdam, inquit, vide-

tur, duc*atur*.[1]) sed verius est nec post condemnatio*nem* maritum facile duci / ; / / / / / /[2]) nec ducitur nu*dus*[3]). *sed me*lius est sic dicere utriusque rationem habendam, etiamsi altera postea litem sit contestata[4]), u*t* post condemnationem alterius in *bo*norum venditione[5]) a*e*quas partes ferant, cu*m* sine metu vinculorum sit futurum. si*bi*que in*put*et, qui poterat se libera*re* a sequenti condemnatione, si satis fecisset priori sententiae.

Marcellus tamen libro VII digestorum putat, si ha*e*c fuit patrimonii qualitas, ut difficile esset explicari pecunia[6]), aequissimum esse, etiamsi sequenti fuerat condemnatus, denegari sequenti iudicati actionem aut cer*te* . . . .

Der Fall der Stelle ist klar erkennbar. Ein Mann wird gleichzeitig von zwei geschiedenen Ehefrauen mit actio rei uxoriae auf Rückgabe der dos belangt. Obwohl er beiden gegenüber das beneficium competentiae hat, kann er Doppelverurteilung auch über den Belauf seines Vermögens hinaus nur dadurch vermeiden, daß er dem ersterlassenen Urteil vor Erlaß des zweiten Urteils Genüge leistet.[7]) Die Folgen, die sich an die Doppelverurteilung knüpfen, werden in dem Fragment dargelegt. Zugleich aber erhalten wir über den Satz „occupantis melior condicio“, der bei dem beneficium competentiae galt[8]), einen ebenso neuen wie interessanten Aufschluß.

I b.

re / / a . . . .
petantu*r* . . . .
cum ex c. . . . .
lares pet . . . .
mittit eod . . . .
effectu . . . .
ad adm . . . .

Die dürftigen Reste sind nicht zu deuten. Zusammenhang mit dem Gegenstand der ersten Kolumne scheint ausgeschlossen. Die Buchstaben lares in der Z. 4, die vermutlich *pupil*lares, und ad adm in Z. 7, die vielleicht ad adm*inistrationem* zu ergänzen sind, weisen auf das Recht der Vormundschaft, dem, wie wir sogleich sehen werden, auch II a und II b angehören.

II.

Die Reste von II a gehen II b unmittelbar voraus, und jedenfalls gehören die 4 letzten Zeilen mit II b zu einer und derselben Erörterung, deren Gegenstand die actio subsidiaria gegen die Munizipalmagistrate bildet:

---

[1]) Im Ms. folgen hier durch ein Versehen des Schreibers die jedenfalls nicht hieher gehörenden Worte: quare quibusdam. — [2]) In der Lücke fehlen 7 oder 8 Buchstaben. — [3]) Zu der Ergänzung vgl. D. (4. 5) 7 § 3. — [4]) Im Ms. stand wahrscheinlich contestatam. — [5]) venditionem *Ms.* — [6]) pecunia*m scr.*? — [7]) Der Grund ergibt sich aus D. (17. 2) 63 § 6, (24. 3) 53. — [8]) D. (42. 1) 19 pr., (14. 5) 3.

. . . . municipa
. . . . in[1](?) *eos* esse tute
. . . . ita demum
. . . . excussis
facultatibus tutorum satis ei fieri non potuerit eamque actionem causa cognita in eos dandam *esse*[2]) divumque Pium rescripsisse et in heredes eorum[3]) *i*tidem[4]) causa cognita, quamvis Iulianus[5]) in heredem magistratus non putav*e*rit tribuendam actio*nem*, cum idem heredem iu*dicis*, qui litem suam fec*i*sset, teneri existimaverit[6]). sed utrumque contra est, *cum*[7]) heres magistratus teneatur et iudicis[8]) non teneatur. et magistratus /// non ut tutores tenentur: denique in bonis eorum privilegium cessare procul du*b*io est.[9])

[10]) quaestionis fuisse, ut sponsores an potius ut fideius*sores* deberent teneri. et Iulianum quidem ut fideiussores conveniendos putasse, Marcellum vero magis sponsorum locum optinere apud Iulianum notare.[11]) Marcelli sententiam ratione iurari negari non posse: sufficere enim, si in locum eorum succedant, quos accipi neglexerunt vel quos minus idoneos acceperunt.

Neu ist hier die Mitteilung, daß die actio subsidiaria nicht nur gegen die Erben, sondern auch gegen die Magistrate selbst nur causa cognita gegeben wurde, sowie der Bericht über die Kontroverse. Das Argument für die Ansicht des Marcellus — da die Magistrate nur für Sicherheit durch Sponsoren zu sorgen haben, haften sie im Fall der Versäumnis auch nur wie Sponsoren — ist einleuchtend. Nichtsdestoweniger dürfte der Verfasser des Fragments entgegengesetzt entschieden haben, denn s. D. (27. 8) 6. —

Auf Ulpian als Verfasser unserer Bruchstücke deuten schon der Stil und die Zitate, auf seine Disputationen die Art der Erörterung und besonders der Umstand, daß in keinem anderen seiner Werke derartige Erörterungen über die actio rei uxoriae und die actio subsidiaria auf dem gleichen Blatt gestanden haben könnten. Was die Disputationen angeht, so sind hier nicht nur die beiden Materien in dem gleichen Buch behandelt — lib. III —, sondern es sind uns sogar in den Digesten Bruchstücke erhalten, die ganz offenbar mit unsern Bruchstücken zusammengehören. Mit Ia sind sicher zu verbinden D. (14. 5) 3 und (39. 5) 12 — Ulp. nr. 62 und 63 der Palingenesie —, und wahrscheinlich auch noch D. (20. 4) 5, 7 und (49. 14) 28 — Ulp. nr. 67, 69 —; mit II D. (27. 8) 2 und 4 — Ulp. nr. 71, 72. Die Probe auf das Exempel aber ergibt sich aus den Abschlüssen der beiden

---

[1]) ī *Ms.* — [2]) s̄c statt ēē *Ms.* — [3]) Das war uns schon bekannt: D. (27. 8) 6. — [4]) etidem *Ms.* itidem *Krüger.* — [5]) Im *Ms.* folgen hier die Zeichen id., die aber nachgehends wieder annulliert sind. — [6]) Als unrichtige Meinung Julians schon in D. (5. 1) 16 referiert. — [7]) nam *Ms.* — [8]) iudiciis *Ms.* — [9]) Vgl. D. (27. 8) 1 § 14. — [10]) Vor quaestionis scheint ein d gestanden zu haben, dem noch 1 oder 2 Buchstaben vorangegangen sein können. — [11]) nonotare *Ms.*

ersten Zeilen von IIa, die ich oben noch außer Betracht gelassen habe. Diese Abschlüsse lauten:

. . . . [1])msci
. . . . suosatisn

Der Satz, dem diese Buchstaben angehörten, schloß in Z. 3 ab. Mit Z. 4 aber begann ein Alinea, so daß das Ende von Z. 3 im Ms. leer ist. Obige Buchstaben aber finden wir in einem soeben zitierten Fragment von Ulp. 3 disp., nämlich D. (27. 8) 2 wieder: cu**m scire**t a contutore **suo satis n**on esse exactum. Diese Worte gehören zu der dort referierten species facti, und daraus ergibt sich, daß unser neues Bruchstück einen Bestandteil der Erörterung dieser species facti bildete, deren Entscheidung im Original, anders als in den Digesten, nicht unmittelbar auf den Tatbestand folgte.

Auf dem Rekto des Pergamentblattes steht links am Fuße eine Ziffer, die nur die Lage bezeichnen kann. Diese Ziffer hatte ich ursprünglich LX gelesen und daraus in der Abhandlung, die ich in den Akademieberichten veröffentlichte, auf sehr erhebliche Stärke des Bandes geschlossen, aus dem das Blatt stammt. Herr Prof. L. Traube macht mich aber darauf aufmerksam, daß statt LX zu lesen sein wird <X<. Die Lagenziffer X stimmt sehr gut zu liber III, und wir brauchen also nicht, wie ich es in der erwähnten Abhandlung tat, anzunehmen, daß der Band außer den Disputationen noch andere Schriften enthielt.

Straßburg i./E. Lenel.

[Die Monumenta des Manilius und das Ius Papirianum.] Im Enchiridion des Pomponius D. 1, 2, 2 befindet sich bekanntlich ein Passus, dessen Verständnis bis in die jüngste Zeit nicht gelungen war. Es lautet in § 39, nachdem unter den republikanischen Juristen Publius Mucius, Brutus und Manilius aufgezählt worden sind: „et extant volumina scripta Manilii monumenta". Daß die Stelle verderbt ist, konnte man mit ziemlicher Sicherheit annehmen und die grammatischen Anstößigkeiten waren denn auch schon von Ferrini (storia delle fonti p. 27) durch die leichte Veränderung „inscripta" in befriedigender, auch von Lenel (Pal. 1, 589) und Bremer (Jur. antehad. 1, 25) gebilligter Weise behoben worden. Was aber unter den „monumenta" zu verstehen ist, wußte bisher niemand; der Vorschlag Ferrinis, statt dessen „monimenta" zu lesen „da monere, voce opportunissima per indicare la giurisprudenza cautelare" ist von Pernice in einer Rezension (diese Ztschr. 7, 154) mit Recht abgelehnt worden. Je geringer unsere Kunde von der republikanischen Rechtsliteratur ist, desto mehr ist es zu begrüßen, daß nunmehr O. Hirschfeld (Sitzungs-Berichte der Berliner Akademie ph. hist. Cl. 1903 p. 2ff.) die wie ich glaube vollbefriedigende An-

[1]) Vor m ist u noch unsicher erkennbar.

knüpfung für den dunkeln Bericht gefunden hat und zwar in einer Weise, welche gerade durch ihre Einfachheit ebenso überzeugend als überraschend wirkt. In Ciceros Schrift de republica 2, 14, 26 sagt der jüngere Scipio vom König Numa: „idemque Pompilius animos propositis legibus his quas in monumentis habemus, ardentes consuetudine et cupiditate bellandi religionum caerimoniis mitigavit". Was dabei unter den monumenta verstanden wird, hat auch hier sowenig wie in der Pomponiusstelle irgend jemand zu sagen vermocht. Es ist ein vortrefflicher Gedanke von Hirschfeld, die beiden Rätsel durch einander zu lösen; beidemal ist ein und dasselbe Werk von Manilius gemeint. Das ist um so einleuchtender, als Cicero in derselben Schrift, ja unmittelbar nach dem fraglichen Passus, den Juristen M'. Manilius redend einführt (2, 15, 28: „quae cum Scipio dixisset, ‚verene' inquit Manilius" sqq.). Deutlich tritt hier hervor, daß die Anspielung auf die Monumenta eine von Scipio dem Manilius erwiesene Artigkeit darstellen soll.

Der Inhalt dieser Schrift stellt sich danach dar als eine Sammlung von Gesetzen des Numa, welches noch bestätigt wird durch die von Hirschfeld herangezogene Stelle Cic. de rep. 5, 2, 3: „diuturna pax Numae qui legum etiam scriptor fuisset (fuit?) quas scitis extare"; natürlich können auch andere Materialien hier aufgenommen gewesen sein, vielleicht sogar wissenschaftliche Erörterungen. Damit ist uns aber ein bisher angezweifeltes, sehr bedeutsames Literaturerzeugnis der republikanischen Epoche wiedergewonnen; denn bisher hatte man die bei Pomponius genannten Monumenta gern mit den „actiones" des M'. Manilius identifiziert, über die von Cicero erwähnten entweder ganz geschwiegen oder sie auf die Pontifikalbücher oder auch die Sammlung des Papirius bezogen. An die Erkenntnis von der Existenz und dem Charakter der Monumenta knüpft sich nun aber sofort die Frage nach ihrem Verhältnis zu dem rätselhaften Ius Papirianum; auch hierfür hat Hirschfeld einen sehr wichtigen Beitrag geliefert, indem er die fast allgemein angenommene Meinung von der späten und apokryphen Entstehung dieser Schrift unterstützt durch den Hinweis auf Cicero ad fam. 9, 21. In diesem bekanntlich auch für die Geschichte des Rhotazismus wichtigen Brief hat Cicero die Geschichte der Papirier erörtert und ihr Patriziat zu erweisen gesucht; dabei figuriert unter seinen Beweisstücken nicht der Hinweis auf den von der späten Legende behaupteten Pontifikat der ältesten Papirier. Dieses Stillschweigen aber ist ein überzeugender Beweis dafür, daß dem Cicero von einem solchen und damit auch vom ius Papirianum noch nichts bekannt gewesen ist und dies im Zusammenhang mit andern schon längst geltend gemachten Umständen macht es unzweifelhaft, daß dieses Sammelwerk frühestens erst am Ende der republikanischen Zeit, wenn nicht noch später entstanden ist. Dann aber sind die Manilianischen Monumenta wahrscheinlich ihr Vorbild gewesen.

L. M.

[Recht und Prätor — aus Anlaß von Ehrlichs Buch.[1])]

Ehrlich bietet ein reiches, übersichtlich geordnetes Quellenmaterial und verwertet es zu originellen Schlußfolgerungen. Doch scheint er den Abschluß seines Buches übereilt zu haben. Davon zeugen neben zahlreichen Druckfehlern auch inhaltliche Flüchtigkeiten: Interpretationen, bei denen offenbar nur ein Exzerpt, nicht die ganze Stelle vorlag, oder handgreiflich quellenwidrige Aufstellungen, die er bei ruhiger Durchsicht zweifellos selbst beseitigt haben würde. Vor allem aber hätte er diesem reichen, ihm vertraut gewordenen Quellenmaterial noch ganz andere Ergebnisse abringen können, wenn er in angestrengter Denkarbeit darüber gebrütet und gegrübelt hätte, statt im wesentlichen von seinen terminologischen Sammlungen sich leiten zu lassen und mit ersten Eindrücken oder Einfällen zufrieden zu sein. Indes auch so — mehr in die Breite als in die Tiefe gehend — ist das Buch nützlich und anregend. Das werden auch die folgenden Bemerkungen über das wichtigste der von Ehrlich erörterten Probleme zeigen.

Das Verhältnis zwischen Recht und Prätor behandelt er vorwiegend terminologisch und zwar hauptsächlich von dem Ausdruck 'Ius civile' aus. Von diesem Namen aus werden vor allem auch wieder die Gegen-Namen ius gentium, ius naturale, ius praetorium erörtert und dabei kommt denn die sachliche Untersuchung mehrfach zu kurz.

Der Name 'ius civile' entspringt einer Spaltung des Begriffes ius. Die Gegenbegriffe der Pandekten: ius gentium, ius honorarium (praetorium), ius naturale sind nun sämtlich jünger als die Anfänge des Begriffs, der zuerst im 'ius civile Flavianum' D. (1, 2) 2 § 7 bezeugt ist.[2]) Dazu die (vielleicht aus diesem Namen gebildete, aber glaubwürdige) Erklärung eines Annalisten bei Liv. IX 46: civile ius repositum in penetralibus pontificum evulgavit: also das von der Pontifikaldoktrin formulierte 'Recht für die Bürger'. Der ursprüngliche Gegenbegriff von ius civile war demnach das ius pontificium oder sacrum. In der pontifizischen Rechtsweisung schied sich von dem auf die sacra bezüglichen Rechtsstoff der auf die Bürger und ihr Vermögen gehende als ius civile (S. 76). Von hier entwickelten sich die weiteren Bedeutungen: kunstmäßiges Juristenrecht, Rechtswissenschaft: diligentia cui iurisconsulti praesunt (vgl. Cic. de invent. I 11 und weitere Stellen S. 36 ff.). Dem entspricht Pomponius D. (1, 2) 2 § 12 — nach Sanio, dem Verf. mit Recht beitritt, aus Varro — proprium ius civile quod sine scripto in sola prudentium interpretatione consistit

---

[1]) Eugen Ehrlich, Beiträge zur Theorie der Rechtsquellen. Erster Teil: Das ius civile, ius publicum, ius privatum. Berlin, Heymann 1902. VII und 258 S. — Besprochen (von Hugo Krüger) im Lit. Zentbl. 1903 S. 421 ff., von mir im Z. Bl. f. R. W. XXIII H. 2. — [2]) Selbst wenn dies apokryph sein sollte (diese Ztschr. XXIII 452), würden Buch und Name doch erheblich älter sein als das vielleicht erst unter August gefälschte Ius civile Papirianum: D. (1, 2) 2 § 2.

oder Boeth. in Top.: iuris peritorum ... probatae civium iudiciis creditaeque sententiae (S. 16). Es steht im Gegensatz zum ius legitimum, umfaßt dagegen das ungeschriebene und durch die Jurisprudenz zur Geltung gebrachte Gewohnheitsrecht (S. 44 ff.). Daher wird häufig von Cicero und noch von den Kaiserjuristen civilis als Gegensatz von legitimus behandelt, was Verf. in guten, mehrfach neuen Darlegungen zeigt (S. 47 ff.). Aber über dieser technischen, engeren Bedeutung von ius civile vernachlässigt er eine weitere, das ius legitimum mit umfassende. Auf sie deutet Pomponius, wenn er vom 'proprium ius civile' spricht, oder daß es 'communi nomine appellatur ius civile'. Trotz Verf. S. 3 können diese Wendungen sehr wohl schon von Varro herrühren, denn auch Cicero kennt jenen weiteren, das ius legitimum umfassenden Begriff von ius civile.

Für das Verhältnis dieses ius civile zum Prätor behandelt Verf. mit verdienter Ausführlichkeit (S. 81 ff., S. 102, S. 247 ff.) die ebenso interessante wie schwierige Äußerung Ciceros, Topica 28: ius civile id esse quod in legibus, senatusconsultis, rebus iudicatis, (iuris) peritorum auctoritate, edictis magistratum, more, aequitate consistat. Das bedeutet wohl, daß die Auslegung des Edikts zur Juristenkunst gehört. So hat ja z. B. Ciceros breite Ausführung über ius civile im pro Caecina zum Anlaß die Deutung von 'deiectus' in einem prätorischen Interdikt. Diese Auslegung war ius civile, da sie mit dessen Mitteln erfolgte. Dagegen ergibt sich daraus ganz und gar nicht, daß man prätorische Klagen als 'quae iure civili competunt' hätte bezeichnen können, wie es Verf. für das S. C. Trebellianum und seinen Ausleger Gaius annimmt.

Es rächt sich hier, daß Ehrlich seine Untersuchung nicht sachlich führte, sondern terminologisch und zwar mit mehrfach lückenhafter Terminologie. Diese sachliche Untersuchung soll hier erfolgen, soweit es bei beschränkter Zeit möglich ist, und zugleich klargestellt werden, wie weit ich mit Ehrlich einig gehe, wenn er mehrere meiner Aufstellungen in dieser Ztschr. XIX erheblich erweitert und verschärft.

Nach G. IV 11, 30, 108 datiert die Quasi-Rechtserzeugung des Prätors seit dem Formularprozeß, d. h. seit der lex Aebutia (Gracchenzeit?). Seit wann wurden nun diese prätorischen Schöpfungen als ein dem Recht paralleles System erkannt? Wie wurden sie zu den verschiedenen Zeiten bezeichnet? Diese beiden Fragen hält Verf. nicht klar und scharf genug auseinander.

Der Begriffsgegensatz selbst scheint noch gefehlt zu haben, als die Consumption im Formularprozeß geregelt wurde (gewiß bald nach der lex Aebutia durch constitutio veterum). Denn nach G. IV 107 wurde sie nicht auf den Unterschied der actio civilis — praetoria abgestellt, sondern auf den der conceptio formularum: in ius — in factum. Das erklärt sich — wie Verf. (S. 118) mit mir (diese Ztschr.

XIX S. 284 ff.) annimmt[1]) — am einfachsten, wenn damals der Gegensatz der Rechtsklage und der prätorischen noch nicht klar erfaßt und geläufig war.

Verf. geht aber noch viel weiter und scheint anzunehmen:

> es sei der charakteristische, alle sonstigen Artunterschiede überwiegende und verdunkelnde Gegensatz des selbstgültigen und des nur vom Prätor verwirklichten Rechts bis zur severischen Zeit nicht als solcher klar erfaßt und einheitlich formuliert worden.

Denn er spricht die beiden — übrigens nicht glatt übereinstimmenden — Vermutungen aus, einmal: die actio quae iure civili competit des S. C. Trebellianum umfasse für dieses, und sogar noch für Gaius, auch die prätorische Klage (S. 119 ff.). Sodann: die vorseverischen Juristen hätten den prätorischen Schöpfungen nicht einen einheitlichen Begriff des nichtprätorischen Rechts gegenübergestellt, sondern einen doppelten: ius civile für das ungesetzte, ius legitimum für das gesetzliche Recht: common und statute law (S. 117, 121 u. s. w.).

Hier zeigt und rächt sich die Lücke in Ehrlichs terminologischen Listen. Hätte er wie für 'ius civile — praetorium', auch für 'ius — praetor' eine Stellensammlung angelegt, oder hätte er das Problem auch sachlich und a priori erwogen, so würde ihm die Fundamentalstelle G. IV 112 nicht entfallen sein, die jetzt im Buche und im Stellenregister fehlt, und damit wären vermutlich alle seine Deduktionen anders geworden.

Denn diese bekannte Gegenüberstellung der 'actiones quae ipso iure competunt' und 'quae a praetore dantur' umfaßt ausdrücklich auch gesetzliche Klagen, die 'ex maleficiis poenales actiones'. An der Echtheit und Ursprünglichkeit der §§ 112, 113 kann nun auch nicht der leiseste Zweifel sein. Sie zeigen die altherkömmliche Elementarlehre; diese hatte also unseren 'bald nach der lex Aebutia' anscheinend noch ungeläufigen Begriffsgegensatz doch schon lange vor Gaius erfaßt und stellte alles selbstgültige, nichtprätorische Recht, gleichviel ob gesetzt oder ungesetzt, unter der einheitlichen Bezeichnung ius, ipsum ius den prätorischen Schöpfungen entgegen.

Wie steht es nun aber mit dem S. C. Trebellianum? G. II 253 sagt hierüber: senatusconsultum factum est, quo cautum est, ut si cui hereditas ex fideicommissi causa restituta sit, a c t i o n e s q u a e i u r e c i v i l i heredi et in heredem c o m p e t e r e n t[2]), ei et in eum d a r e n t u r,

---

[1]) Obwohl Pokrowsky Ztschr. XX S. 105 sagte: 'Ich zweifle, daß diese Behauptungen Ermans die Zustimmung irgend eines Romanisten finden werden'. — Sein Protest hätte eben statt an mich, an Gaius und die von ihm bezeugten r ö m i s c h e n T a t s a c h e n gerichtet werden müssen. Pokrowsky ignoriert sie, während wir sie anerkennen und v e r m u t u n g s w e i s e zu erklären suchen. — [2]) Bestätigt durch Paulus D. (36, 1) 41 pr. und — was Verf. nicht sieht — durch Pomponius D. (36, 1) 72 § 1 und Papinian D. (46, 3) 95 § 2, während D. (36, 1) 1 § 2 Ulpian (?) einen verfälschten Wortlaut bietet. Darüber nachher.

cui ex fideicommisso restituta esset hereditas ... Praetor .. utiles actiones .. quasi heredi .. dare coepit.

Das ist offenbar das ganz genaue Seitenstück zu G. IV 112. Den prätorischen Klagen, actiones ("utiles") quae a praetore dantur, werden die nichtprätorischen, und zwar alle nichtprätorischen, gegenübergestellt als 'quae ipso iure competunt' bei G. IV 112, als 'quae iure civili competunt' im S. C. Trebellianum und bei G. II 253. Wie diese volle Gleichwertigkeit bestritten werden könnte, sehe ich nicht.

Was Verf. über das S. C. Trebellianum ausführt, ist wegen dieser Nichtbeachtung der Parallelstelle G. IV 112 hinfällig. Er sagt S. 119, die Wendung 'quae iure civili competunt' solle sicher auch 'den Übergang der actiones honorariae anordnen', ganz wie bei der stipulatio emptae venditae hereditatis (die Ulpian D. (50, 16) 178 § 3 Lenel 2961 in diesem Sinne deutet). 'Die Ausdrucksweise des S. C. wäre .. offenbar undenkbar, wenn zu seiner Zeit der Gegensatz des ius civile und ius honorarium schon in der Form wie in der severischen Zeit bestanden hätte'. Die Entwickelung der späteren Terminologie liege nun bestimmt zwischen Gaius und Ulpian - Paulus: 'Gaius ... nimmt noch gar keinen Anstoß daran, daß das S. C. nur von den actiones quae iure civili .. competerent spricht'. Dagegen bringe Paulus D. (36, 1) 41 pr. den neuen Sprachgebrauch durch Auslegung zur Geltung und Ulpian, noch radikaler, durch Verfälschung des gesetzlichen Wortlautes, statt 'quae iure civili heredi et in heredem competunt' heißt es bei ihm 'quae in heredem heredibusque dari solent'.

Als ob je ein Positivjurist ein neueres Gesetz, das er kommentiert, im Wortlaut derart verändert hätte! Und noch dazu Ulpian, der D. (5, 3) 20 § 6[d] sagt: aptanda est igitur nobis singulis verbis senatusconsulti congruens interpretatio, und der z. B. in der Bezeichnung 'divus' so peinlich korrekt ist!

Die Textänderung gehört auch hier den Kompilatoren, deren Spuren zum Glück unverkennbar sind: 'placet ut actiones, quae in heredem heredibusque dari solent, eas neque in eos ... dari, qui ... uti rogati essent ... restituissent'. Das 'ut' nach placet — der dennoch beibehaltene acc. c. inf. — das solent in der oratio obliqua — das sind Barbarismen, die bei der (relativen) Korrektheit der Florentina gewiß nicht auf Schreiberversehen beruhen, noch weniger aber dem klassischen Senatsstil oder dem eleganten 'Dinerphilosophen' und Stilkünstler Ulpian zur Last fallen. Sie gehören den Kompilatoren, die also das 'iure civili competunt' durch 'dari solent' ersetzten, obwohl sie im allgemeinen umgekehrt die actio quae datur gern in 'quae competit' verwandeln.[1]) Wollten sie die in Ulpians gleichfalls gestrichenem Kommentar gewiß dargelegte Ausdehnung auf alle Klagen gleich im

[1]) P. Krüger, diese Ztschr. XVI S. 1 ff., der unsre Stelle nicht erwähnt.

Gesetz ausdrücken? Oder war ihnen der Ausdruck 'ius civile' zuwider? Hier erhebt sich die Frage der Stellung der Kompilatoren zu der Terminologie von 'Recht und Prätor'.[1])

Verf. (S. 152ff.) macht die interessante Feststellung, die durch Longo's Vocabulario . . di Giustiniano (Roma 1898) vollauf bestätigt wird, daß civilis in Justinians Gesetzen fast nur als Gegensatz von ecclesiasticus, militaris oder crimen gebraucht wird. In den Institutionen dagegen komme es um so häufiger vor als Gegensatz zum ius naturale, zum ius gentium und besonders — 11 mal — zum Prätor und ius praetorium oder honorarium. 'Das spricht wohl entschieden dafür, daß die Institutionen den Ausdruck überall aus ihrer Vorlage herübergenommen haben'. Indes 4 jener 11 Stellen gehören zu den von Ferrini mit guten Gründen als Originalarbeit der Kompilatoren angesprochenen: J. (2, 6) pr.; (2, 7) 4; (2, 10) 2, 3; (3, 1) 14. Es waren also nicht alle Kompilatoren dem Ausdruck abgeneigt. Auch mußte sein häufiges Vorkommen in den vorliegenden Schulbüchern seinen Gebrauch gerade durch die Institutionenverfasser befördern. Es bleibt aber bestehen und wird durch D. (36, 1) 2 § 1 nur bestätigt, daß das civilis — honorarius den Kompilatoren nicht besonders sympathisch war. Interpolationen, um diesen Gegensatz einzuschalten oder zu verallgemeinern, sind daher a priori unwahrscheinlich.

Das S. C. Trebellianum v. 62 n. Chr. sagte also kein Wort vom Übergang der prätorischen Klagen des Fiduciars. Verf. hält dies für undenkbar; indes ganz ebenso sprach es (sowie auch das S. C. Pegasianum G. II 254, 258) nur von der 'hereditas' des Fiduciars, während er doch ganz gut auch bloß bonorum possessor sein konnte (G. II 147ss.). Ebenso sagte das S. C. Claudianum nur denuntiante 'domino', nicht 'eo cuius in bonis sit'.[2]) Es wirkte hier wohl ein doppeltes zusammen.

Einmal, daß es zwecklos, ja widersinnig war, den verfassungsmäßig souveränen Prätor zu ermächtigen und anzuweisen zu einer Tätigkeit in seinem eigenen Machtgebiet, ihm die Umstellung einer prätorischen Klage oder bonorum possessio vom Fiduciar auf den Fideikommissar von Senatswegen ausdrücklich aufzugeben. Hier war der Prätor unumschränkter Herr, aber daher auch verantwortlich und ohne besondere Weisung dafür besorgt: ut voluntas senatus servetur (D. 16, 1. 2. § 1). Dieser Senatswille war ja klar geäußert für die Verhältnisse des Rechtes (Zivilschuld, hereditas), welche damals (62 n. Chr.)

---

[1]) Ihre Stellung zu der Sache selbst erörterte ich in einem Festschriftbeitrag: "D. (44, 2) 21 § 4, Etudes de droit classique et byzantin" im § 13: 'Théories byzantines et classiques sur l'officium praetoris et l'officium iudicis' (in: Annales de l'Université de Lyon 1903). — [2]) Paul. II 21[a]; Ulp. XI 11; G. I 160, 84, 91. — Anders jedoch die lex Iunia, die anscheinend auf 'in bonis' abstellte: Ulp. I 16; Gaius I 35; Dositheus 9. Das erklärt sich wohl daraus, daß dies Gesetz nichts war als die 'Legalisierung' einer prätorischen Einrichtung G. III 56. Da übernahm man wohl den Tatbestand, so wie der Prätor ihn formuliert hatte. Dieser aber rechnete selbstverständlich mit dem in bonis, so z. B. in der actio Serviana: Lenel Edictum S. 396 A. 8.

gewiß kein Prätor ohne ausdrückliche Anweisung derart zu 'korrigieren' gewagt hätte.[1])

Hiermit zusammen wirkte der allgemeinere Grund, daß diese prätorischen Schöpfungen etwas Abnormes, Uneigentliches waren. Ordnungssinn und Beharrungsvermögen der Römer ließ sie hier wie sonst vor allem an das Typische, Normale sich halten — also an das ius civile. So findet sich denn das Todschweigen des prätorischen Quasirechts außer in den Gesetzen auch häufig bei Juristen.

Beim Trebellianum wurde diese zu enge Fassung allerdings von Paulus D. (36, 1) 41 pr. und gewiß auch von Ulpian in seinem gestrichenen Kommentar gerügt und verbessert, aber beide schrieben Handbücher unmittelbar für die Praxis, die seit lange im Zeichen des ius utrumque stand. Dagegen wird die Beschränkung auf die Zivilschulden ohne Protest hingenommen, nicht nur von Gaius II 253, der hier wie überall pädagogisch bemüht ist, nur 'omnia iura quasi per indicem tetigisse', sondern ganz ebenso von Pomponius und von Papinian (S. 423 A. 2). Ja auch Ulpian, der sonst der genaueste und eifrigste ist in Erwähnung des prätorischen Rechtes, läßt es z. B. D. (24, 1) 32 § 1 einfach bei Seite: oratio ... de confirmandis donationibus ... pertinet .. ad omnes donationes inter virum et uxorem .. ut et ipso iure res fiant eius ... et obligatio sit civilis: durch 'ipso iure' und 'civilis' bezeichnet Ulpian offenbar die direkte 'rechtliche' Konvaleszenz, die nicht erst durch den Prätor vermittelt wird (unrichtig Verf. S. 116). Sie gilt natürlich nur für zivile Eigentums- oder Schuldverhältnisse. Daß aber publizianisch geschenkte Sachen nicht 'ipso iure' zu eigen werden, eine Konstitutsforderung nicht zur 'obligatio civilis' wird — diese Mißverständnisse zu vermeiden, überläßt Ulpian seinen Lesern. Das ist aber ein allgemeiner Zug des klassischen Stiles, den Verf. — aber nicht nur er! — bei seinen Interpretationen recht oft übersieht. Er schließt ohne weiteres aus dem Schweigen der Juristen und setzt voraus, sie wollten stets vollständig sein und jedes Mißverständnis unmöglich machen. Aber der klassische Stil strebt nach klarer Anschaulichkeit viel mehr als nach Vollständigkeit. Nicht: 'muß man das verstehen?' fragten sich die grands seigneurs, die die Pandekten schrieben, sondern: 'kann man das verstehen?' Und: 'kann man das verstehen?' nicht aber: 'kann man das mißverstehen?' — Ein Beispiel für viele: statt korrekt aber pedantisch: 'is qui pignus constituit', sagen sie meist anschaulich aber ungenau: 'debitor'.

Genau so wird nun häufig das ius civile als die typische Erscheinungsform des Römerrechts allein genannt, wo korrekt auch andere

---

[1]) Das S. C. Trebellianum bestätigt also durchaus meine für D. (44, 2) 30 § 1 aufgestellte Vermutung, daß der Prätor seinen eigenen Schöpfungen viel freier gegenüberstand, als dem ipsum ius, er habe daher 'im eigenen Hause die Ehrenpflicht, dafür zu sorgen, daß diese seine Schöpfungen ihre Billigkeitszwecke voll erreichten': diese Ztschr. XIX S. 332 A. 1. Für den Hinweis auf das S. C. Trebellianum sind wir daher Ehrlich zu Dank verpflichtet.



Arten zu erwähnen gewesen wären. Daß die Ausdrücke 'quae iure civili competunt' im S. C. Trebellianum und 'quae ipso iure competunt' bei G. IV 112 wirklich absolut gleichbedeutend sind, darauf ermöglicht eine Gegenprobe der gleichfalls gajanische Ausdruck 'intentio iuris civilis'. Auch hier hat Verf. über seinem ius civile das ius nicht genügend beachtet und ist so zu einer ungemein verkünstelten Erklärung gekommen. Neben: formulas in quibus iuris civilis intentio est (G. IV 45), quae iuris civilis habet intentionem (§ 107) sagt G. IV 106 als absolut gleichbedeutend: quae in ius habet intentionem. Dazu: in quibus de iure quaeritur (§ 45), in ius ... conceptas formulas (§ 47), quae in ius concepta est (§ 60).

Verf. (S. 141) gibt nun zu, für Gaius und seine Zeitgenossen 'handle es sich darin stets um eine Rechtsbehauptung', doch das sei 'vielleicht ein Fingerzeig, aber nicht eine Erklärung, denn das was Gaius Rechtsbehauptung nennt, ist nicht die Behauptung eines objektiven, sondern eines subjektiven Rechts, das nie ius civile geheißen haben konnte. Abgesehen davon konnte man bei den actiones utiles oder gar den actiones ficticiae kaum eher von einer Rechtsbehauptung sprechen, als bei den actiones in factum'.

Das ist mehrfach schief. Daß mit 'ius', 'ius civile' hier eine Rechtsregel gemeint ist und nicht eine Rechtsbefugnis, das ergibt schon der Gegensatz: formula in factum concepta. Wo ius dem factum gegenübersteht, ist es nicht Befugnis, sondern Rechtsregel. Statt formula in ius concepta hätte man daher unbedenklich auch 'in legem concepta' gesagt, wenn diese Auffassung den Römern der Sache nach geläufig gewesen wäre.

Sodann handelte es sich bei diesem 'de iure quaeritur' ganz und gar nicht um das den Dingen auf den Grund gehende, juristisch-spekulative Problem, wie es die entwickelte Jurisprudenz des ius 'utrumque', civile et honorarium sich stellen mochte: ob ein Ding vorliege, das man in irgend einem Sinne, materiell als 'ius' bezeichnen könne? Sondern lediglich um die formale Prozeßfrage nach dem ipsum ius, welche der Prätor seinem Geschwornen zu beantworten befiehlt. Hier aber 'de iure quaeritur' auch dann, wenn diese Frage des formalen alten Rechts entweder zwischen anderen Personen sich stellte, als den Prozeßparteien (Subjektsumstellung) oder unter Voraussetzung eines anderen als des Prozeßtatbestandes (Fiktion).[1]

An der vollen Gleichheit von ius civile und ius kann hier nun kein Zweifel sein. Wie Gaius neben zweimal intentio iuris civilis einmal intentio in ius sagt[2]), so hätte er statt in ius concepta, de iure

[1]) Vgl. auch diese Zeitschrift XIX S. 272, 274. — [2]) Die vermutlich echte Wendung bei Nerat. D. (19, 5) 6: 'civili intentione incerti agendum est' steht wohl statt des unerträglich schleppenden iuris civilis intentione incerti. Denkbar aber auch, daß es mit civilis actio gleichbedeutend war. Ein Unterschied bei Honorarklagen: die Publiciana hat iuris civilis intentio, ist aber keine civilis actio — hätte Neraz ihr intentio civilis zugeschrieben??

quaeritur auch in ius civile concepta, de iure civili quaeritur ohne jeden Bedeutungswechsel sagen können. Denn genau wie die actio quae iure civili oder ipso iure competit, so gilt auch die intentio iuris civilis oder iuris für Ansprüche des ius legitimum gerade so gut wie für die des proprium ius civile.

Gerade dies glaubte nun Ehrlich nicht annehmen zu können und so will er das 'iuris civilis' nicht auf den Inhalt der intentio beziehen, sondern auf ihre Herkunft. Es seien Klagformeln nach Juristenkunst (ius civile), wie die Juristen sie zu verfassen und zu sammeln pflegten. "Die formulae in factum konnten von den Juristen ... unmöglich 'auf Vorrat' verfaßt werden, da es für sie an jeder rechtlichen Grundlage mangelte: erst wenn das Edikt oder die formula sich auf dem Album befand, wurde sie zu einem Bestandteil des geltenden Rechts" (S. 149). Indes, auch die actiones ficticiae und sonstigen utiles 'konnten von den Juristen . . . unmöglich auf Vorrat verfaßt werden' und doch hatten sie (nach G. IV 45 und Verf. S. 141) eine intentio iuris civilis!

Und was Verf. S. 145ff. über das agere, scribere des Juristen ausführt und über ihre entscheidende Mitwirkung bei der Formelnaufstellung, das ist zwar an sich durchaus richtig und dankenswert[1], aber die daraus gezogenen Folgerungen gehen fehl, da Verf. die Rolle des Prätors und der ihn leitenden Juristen überschätzt auf Kosten des für die Fortbildung des ipsum ius unvergleichlich wichtigeren Geschwornen und der Jurisprudenz als seiner Leiterin.

So sagt er S. 147: 'Sobald die Juristen durchgesetzt haben, daß eine Formel vom Prätor erteilt worden ist, die auf einer von ihnen vertretenen Rechtsauffassung beruhte, konnte man diese Auffassung als durchgedrungen, als ius civile betrachten'. — Nein, sondern erst wenn auch der Geschworene das oportere, esse ex iure Quiritium usw. bejahte! Für Ehrlich ist der Geschworene eben von jeher ein bloßes unbedeutendes Werkzeug des Prätors. So 'noch (?) zu Ciceros Zeit, jedenfalls aber damals, als der Sprachgebrauch (ius = Rechtsgang vor dem Prätor) sich festgestellt hatte ... Die Gesetze mögen für das ius — für den Prätor — maßgebend gewesen sein, für das iudicium — den iudex — treten sie gegenüber dem Inhalt des prätorischen Auftrages zurück. Das supplere und corrigere des ius vetus durch den Prätor wäre sonst gar nicht denkbar'. Daraus der Schluß: 'Ius civile dürfte also ursprünglich Rechtsgang vor dem Prätor bedeutet haben: das uns geläufige ius ist wohl ebenso aus dem ius civile entstanden, wie iudicium (bei Cicero und sonst) aus iudicium publicum' (S. 70).

Hier kommen die quellenmäßigen Grundbegriffe vom officium praetoris und officium iudicis bedenklich ins Gedränge, wegen un-

---

[1]) Zumal angesichts der Bestrebungen italienischer Fachgenossen Ferrini, Lusignani, Mancaleoni u. a.), die Macht des Prätors — und der ihn leitenden Juristen — herabzudrücken, insbesondere seine freie Dekretaltätigkeit als byzantinische Erfindung zu streichen. Hiergegen richtet sich hauptsächlich die o. S. 425 A. 1 angeführte Schrift.

zureichender Sonderung der verschiedenen Epochen. Verf. schlußfolgert aus dem Namen 'ius' (Verfahren vor dem Prätor) für eine Zeit, wo dieser Name sinnlos, ja widersinnig geworden war; ein lucus a non lucendo.

Zutreffend war er im Legisaktionsverfahren, wo vor dem Magistrat das Recht und nur das Recht zur Durchsetzung kam. Daher 'ius dicitur locus in quo ius redditur': Paulus D. (1, 1) 11 pr. Vielleicht trat demgegenüber die gleichfalls von jeher rechtsverwirklichende Funktion des zweiten Prozeßabschnitts mehr zurück. Das alles aber nicht, weil der Prätor damals dem Geschwornen gegenüber allmächtig gewesen wäre, sondern gerade weil er es nicht war, weil auch ihn das Recht absolut band, weil von dem supplere et corrigere ius, was Verf. in dieses 'damals' und 'ursprünglich' verlegt, nach G. IV 11, 30, 108 vor der lex Aebutia noch keine Rede war.

Ganz anders im Formularverfahren. Jetzt hatte der Prätor die Macht über den Geschwornen und damit über das Recht, aber in dem Maße, wie er diese Macht übte, setzte er das ius, ius ipsum, ius vetus, ius civile außer Kraft. Die Stätte des ipsum ius ist fortan nicht mehr das 'ius', sondern das iudicium (soweit der Prätor nicht den Geschwornen zur Nichtanwendung der Rechtsregeln anweist). Officium iudicis und ipsum ius sind daher jetzt durchaus gleichbedeutend und gleichwertige Gegensätze zu praetor, officium praetoris, ius praetorium. So z. B. die bei Verf. fehlende Papinianstelle D. (44, 7) 27: neque officio iudicis, neque praetoris imperio.

Gewiß mußte auch der Prätor das 'negotium civile' als vorhanden erachten, um eine in der demonstratio darauf abstellende Formel zu erteilen (S. 147), aber entschieden war damit die Sache noch nicht. Das wurde sie erst in iudicio, vor dem Geschwornen, wo Existenz und Tragweite des vom Kläger und vom Prätor angenommenen Rechtssatzes zur Erörterung kam, wo de iure quaeritur. Daß dies alles natürlich schon für Ciceros Zeit galt, zeigen dessen durchweg in iudicio gehaltenen Zivilprozeßreden, zumal die für Caecina, welcher Verf. die meisten Belegstellen über das ius civile entnimmt. Um so ungerechtfertigter ist es, wenn er die Bedeutung des iudicium für die Fortbildung des Zivilrechts so herunterdrückt und die des 'ius' so überschätzt, daß er sogar 'das uns geläufige ius' aus ius civile entstanden sein läßt: 'Ius civile dürfte also ursprünglich Rechtsgang vor dem Prätor bedeutet haben' (S. 70).

Ein recht unglücklicher Einfall, denn der Name ius ist gerade wie 'uns' auch schon den XII Tafeln geläufig: si in ius vocat, in ius ducito, in iure manum conserunt, dazu als ebenso alt: ius dicere, iurisdictio. Nach dem allen ist auch in diesem Fall das Simplex 'ius' wie natürlich älter als seine Abart 'ius civile'. Auch dafür spricht nichts, daß etwa umgekehrt ius civile später für 'ius' Rechtsgang eingetreten wäre. Die Stellen S. 28 ff. zeigen weiter nichts, als daß zum ius civile = Juristenkunst auch das agere, respondere, also die

Teilnahme an der Prozeßführung gehörte. — 'Dolus malus abesto et ius civile' ('et i. c.'; 'et iuris consultus') in mehreren Inschriften soll bedeuten: 'Gott bewahre uns vor Prozessen'. Eine handgreifliche petitio principii und zudem widerlegt durch die doch vermutlich sinngleiche Variante 'et iuris consultus'! — es wird fortgewünscht die rechtsverdrehende Juristenkunst, die nimia et misera diligentia aus D. (31) 88 § 17. Ehrlichs Hauptargument ist lex coloniae Iuliae Genetivae: 'iure civili vinctum habeto'. Gegen die Deutung: 'er halte ihn nach Zivilrecht gebunden' wendet er (S. 71) ein, dann müßte es 'secundum ius civile' heißen. Aber 'iure caesus esto' bietet eine zureichende Analogie. Und daß man in diesem Statut für eine Gemeinde in der Provinz die Herkunft der altrömischen Schuldhaft aus den XII Tafeln (und späteren Gesetzen) nicht besonders betonte durch ein 'secundum legem' oder gar 'secundum legem publicam' (wie anscheinend G. III 174), sondern zur Ablehnung des naheliegenden Gedankens an 'vincula publica' (Verf. S. 71), ungenau aber anschaulich sagte: 'iure civili vinctum habeto' — das entspricht nur der allgemeinen römischen Vorliebe für das Anschauliche, Typische (o. S. 426).

Für die Terminologie von Recht und Prätor ist auszugehen von der durch G. IV 112 bewiesenen und durch alles bisherige bestätigten Tatsache, daß schon lange vor Gaius alles nichtprätorische Recht, gesetztes wie ungesetztes, einheitlich zusammengefaßt wurde als ius, ipsum ius gegenüber dem 'Prätor'.

Soweit nun gerade für dieses 'ius' der Ausdruck ius civile eintrat, bezeichnete auch er nicht das dem ius legitimum gegenüberstehende proprium ius civile, sondern das jenes mit umfassende ius civile commune (Pomponius D. (1, 2) 2 §§ 5, 12). So fanden wir es im S. C. Trebellianum actio quae iure civili competit = actio quae ipso iure competit (G. IV 112) und in der intentio iuris civilis = intentio in ius, formula in ius concepta. Hier ergaben die Parallelausdrücke zwingend jene weite Bedeutung von ius civile, nun gilt es, in den sonstigen Stellen mit civilis oder ius civile zwischen beiden Bedeutungen zu unterscheiden.

Ein Eintreten von ius civile für ius scheint mir zunächst da zugrunde zu liegen, wo 'civilis' adjektivisch dem 'praetorius, honorarius' gegenübertritt. Die wortarme 'römische Bauern- und Soldatensprache' hat von ius kein sinngleiches Adjektiv für 'rechtlich', 'Rechts-' gebildet. Für dies fehlende 'iuralis' (vgl. mos — moralis) tritt nun stets 'civilis' ein. Woher? Mir scheint, auf dem Umweg über ein ursprüngliches, dem 'ius' absolut gleichbedeutendes 'ius civile' im weiten Sinne, ius civile commune: das gesamte Römerrecht ersetzt und bezeichnet durch seine charakteristischste Erscheinungsform.

Aus 'natura — ius' wird adjektivisch 'naturalis — civilis'; die 'Rechts'obligation wird der natürlichen als 'civilis' gegenübergestellt, offenbar weil man sie außer mit 'iuris obligatio' gelegentlich auch mit 'iuris civilis obligatio' bezeichnete.

Genau ebenso wird nun 'praetor — ius' adjektivisch zu 'praetorius — civilis', auch hier auf dem Umweg über ein vorauszusetzendes 'ius civile' sensu lato, was in der Antithese 'praetor — ipsum ius' für letzteren Begriff gelegentlich eintrat, wie wir es für das S. C. Trebellianum und für die intentio 'iuris civilis' in der Tat festgestellt haben.

Danach läßt sich nun a priori folgendes aufstellen:

1. wenn (und so lange) man bloß vom 'praetor' sprach, nicht vom ius praetorium, genügte als Gegensatz, zur Zusammenfassung alles nichtprätorischen Rechtes, der Ausdruck ius, ipsum ius. Tritt also dem 'praetor' gegenüber der Ausdruck 'ius civile' auf, so wird man zunächst einen Gegensatz zu ius legitimum als beabsichtigt vermuten, also: bei 'praetor — ius civile' spricht eine gewisse Wahrscheinlichkeit für das ius civile proprium;
2. bei adjektivischer Wendung dagegen mußte auch das bloße 'ius — praetor' zu 'civilis — praetorius' werden. Hier daher keinerlei Vermutung für proprium ius civile;
3. ebensowenig natürlich in dem Gegensatz 'ius praetorium — ius civile', da dem ius praetorium gegenüber das einfache ipsum ius den Zusatz civile annehmen mußte.

Mit Hülfe dieser klaren, aber wohl nicht willkürlichen Unterscheidungen sind nun die Quellenzeugnisse zu prüfen und zwar zunächst die über das Aufkommen von ius praetorium, honorarium statt praetor, dann die über civilis, iuris civilis.

Das Üblichwerden von ius praetorium, honorarium, an Stelle des ursprünglichen 'praetor' mußte gleichzeitig den Gebrauch von ius civile lato sensu aufs stärkste fördern. Das hat Verf. sich anscheinend nicht klar gemacht und so sagt er zwar (S. 106), daß bei Aristo, Neratius, Gaius 'prätorische Einrichtungen denen des ius civile nie(?) in dem Sinne entgegengesetzt werden, wie wenn sie auf einer gleichartigen Rechtsquelle beruhen würden', sondern nur bezeichnet mit: sed praetor, nam praetor, tamen praetor. Aber ausreichend gewürdigt hat er diesen Terminologiewechsel nicht, daher gibt er keine Stellensammlung für das vorseverische 'ius praetorium' und übersieht so auch sachlich wichtige Zeugnisse wie G. IV 34: cum enim legitimo iure, non praetorio succedat in locum defuncti und Pomponius D. (1, 2) 2 § 10: quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat. So wird denn auch das Folgende vielleicht nicht vollständig sein.

Ius praetorium und zwar mit Entgegensetzung von ius civile findet sich schon bei Cicero.[1]) Dann aber fehlt der Ausdruck an-

[1]) pro Caecina 34: Feci equidem quae dicis omnia ... Quid ergo est? impune feci; nam quod agas mecum ex iure civili ac praetorio non habes, wo Verf. S. 102 allerdings zugunsten der Einschränkung auf proprium

scheinend bis zu Pomponius, also bei Iulian und allen früheren Juristen. Indes vielleicht vermieden auch Ciceros juristische Zeitgenossen den Ausdruck, und er entnahm ihn nur der Laiensprache. Unwahrscheinlich ist das nicht, bei seinem (in Ehrlichs Ciceroauslegungen nicht genügend berücksichtigtem) Streben nach Abwechselung im Ausdruck, um jeden Preis. Möglich aber auch, daß das 'ius praetorium' zwar den republikanischen Juristen schon geläufig war, dann aber bei den wissenschaftlich korrekteren der Kaiserzeit wieder zurücktrat gegenüber dem 'praetor'. Gemäß der Grundfiktion der augustischen 'res publica restituta' hätten sie auch die absterbende prätorische Selbstherrlichkeit als lebendige Realität behandelt, und statt seines Werkes stets den Prätor selbst genannt.

Diese Auffassung mußte sich aber ändern durch die, vom Verf. salvo errore nirgends berührte, Reform Hadrians, die auch offiziell den Prätor seinem Edikt gegenüber lahmlegte. Seitdem mußte auch bei den Juristen das ius praetorium, honorarium (wieder) üblich oder üblicher werden. In der Tat finden wir es dreimal bei Pomponius, je einmal bei Gaius und Maecian und häufig bei den severischen Juristen.[1])

Von ganz zweifelloser Echtheit ist Pomponius D. (1, 2) 2 § 10: 'quae edicta praetorum ius honorarium constituerunt: honorarium dicitur, quod ab honore praetoris venerat' und § 12: 'aut est magistratuum edictum, unde ius honorarium nascitur'. Auch Pomponius D. (50, 17) 27: 'nec ex praetorio, nec ex sollemni iure privatorum conventione quicquam immutandum est' ... ist in unserem Ausdruck unbedingt echt, wenn auch die Folge und gewiß auch schon das wunderliche ex sollemni iure tribonianisch verderbt ist: Verf. S. 194 und Wlassak, Prozeßgesetze I S. 122. Dieser sagte: 'Stand in der Urschrift 'iure' civili, dann wäre der Grund der Abänderung nicht aufzufinden' — aber nach Ehrlichs Feststellungen darf man ihn in Tribonians Abneigung gegen 'ius civile' vermuten (o. S. 425). Pomponius gebraucht hier also die regelrechte Antithese ius praetorium — civile. Wir dürfen sie daher auch auf ihn zurückführen in einem vom Verf. (S. 129) nur dem Ulpian zugeschriebenen Zeugnis Ulp. D. (13, 5) 1 § 8; 3 § 1: Sed et is qui honoraria actione, non iure civili obligatus est, constituendo tenetur, videtur enim debitum et quod iure honorario debetur ... 3 § 1 Si quis autem constituerit quod iure civili debebat,

---

ius civile bemerkt, das beweise, 'daß man zu Ciceros Zeiten einen Anspruch mit Hilfe des ius civile und des ius praetorium verfolgen konnte, nicht aber, daß ein Anspruch nur entweder auf das ius civile oder auf das ius praetorium gegründet werden mußte'.

[1]) Wie für deren Anschauung das edictum praetoris ein offiziell und unwiderruflich abgeschlossenes System bildete, außer und neben dem die prätorische Dekretalpraxis der 'actiones in factum' stand, das zeigt besonders hübsch Ulp. D. (44, 7) 42 § 1: aliquam actionem vel civilem ... vel honorariam .. vel in factum, dazu die Ausführung Ztschr. XIX S. 303, der Verf. S. 128 zustimmt.

iure praetorio non debebat, id est per exceptionem, an constituendo teneatur, quaeritur: et est verum, ut et Pomponius scribit, eum non teneri, quia debita iuribus non est pecunia, quae constituta est'. Bei der steten Abhängigkeit Ulpians gerade von Pomponius deutet das: 'quaeritur ... ut et Pomponius scribit' auf Entlehnung der ganzen Erörterung fr. 1 § 8 und 3 § 1, und da Pomponius mit dem ius honorarium oder praetorium gern operierte und in D. (50, 17) 27 auch die Antithese ius civile — praetorium anzuwenden scheint, so darf ihm auch diese so überaus charakteristische Wendung zugeschrieben werden: quod iure civili debebat iure praetorio non debebat .. quia debita iuribus non est pecunia. Daß aber dieser Gegensatz ius honorarium — civile genau so gemeint war wie der von praetor — ipsum ius bei G. IV 112, daran kann nach dem oben (S. 431) a priori dargelegten und vor allem nach dem Gesamtinhalt dieser Pomponiusstellen wohl kein Zweifel sein. Da es mit Pomponius so steht, wird man auch ohne Befremden als technisch anerkennen die Äußerung des um so viel späteren Maecian D. (36, 1) 67 § 3: ex similitudine iuris civilis vel honorarii constituendum est (d. h. nach Analogie entweder der pro herede gestio oder der Erlangung der bonorum possessio). Verf. S. 108 will auch hier einschränkend auslegen, um Maecian mit Julian und Gaius in Einklang zu setzen. Er übersieht, daß jedenfalls Pomponius die spätere Terminologie schon hat, so daß ihr Nichtgebrauch bei Julian und Gaius eine Anomalie wäre, die man ohne besonderen Grund nicht noch weiter — auf Maecian — wird ausdehnen wollen.

Julian scheint nun den Gegensatz wirklich nicht zu haben; wie steht es aber mit dem ius praetorium — civile bei Gaius?

Auch ihm enthalten die Edikte 'ius': I § 2, 'amplissimum ius' I § 6, vgl. III § 33: 'hoc ius totum' von der bonorum possessio. Aber nur einmal IV 34 spricht er vom ius praetorium (cum enim praetorio iure non legitimo succedat in locum defuncti), während er allenthalben sonst nur den 'praetor' dem ius civile entgegensetzt (Stellen: S. 104 ff.). Warum macht sich die Folge der an 30 Jahr früheren, hadrianischen Reform bei Gaius noch nicht deutlicher geltend? Außer der langsamen tralaticischen Entwickelung der Elementarbücher (vgl. Gaius — Gaius von Autun), mußte dahin auch das pädagogische Bestreben des Gaius wirken: omnia iura quasi per indicem tetigisse (III 54). Er vor allem wollte nicht vollständig, sondern nur klar und anschaulich sein. Daher seine kurze, durchsichtig klare Quellenlehre I 1—7. Sie beruht auf dem Gegensatz 'ius gentium — ius civile' und wäre völlig zersprengt worden, wenn er mit 'sequitur alia divisio' eine Quereinteilung: 'ius civile — praetorium' eingeschoben hätte, wie es z. B. Marcian in seinen unpädagogisch eingehenden Institutionen (16 Bücher!) tat, nach D. (1, 1) 8 Marcian. l. 1 Instit.: (?nam et ipsum?) ius honorarium viva vox est iuris civilis. Gaius dagegen hätte sich dazu nur entschlossen, wenn jene Terminologie schon derart gang und gäbe war, daß sie gelehrt werden mußte.

Das also war sie damals (um 161 n. Chr.) noch nicht, dagegen ist es unmethodisch, aus diesem Sachverhalt zu schließen, der Dualismus selbst des ius civile — honorarium, als das ganze Rechtssystem umfassendes ius utrumque, sei Gaius noch unbekannt gewesen.[1])

Nur das läßt sich behaupten, daß er, oder doch das von ihm wieder herausgegebene Schulbuch, archaistischer als Pomponius, in der Ausdrucksweise festhielt an der seit Hadrian nicht mehr recht zutreffenden Vorstellung des selbstherrlichen Prätors als der Quelle und Verkörperung des prätorischen Quasirechts.

Dagegen ist die Idee des ius utrumque voll durchgedrungen bei den severischen Juristen, von denen sie am klarsten Papinian formuliert in der berühmten Stelle aus Definit. lib. II D. (1, 1) 7: Ius .. civile est, quod ex legibus, plebis scitis, senatus consultis, decretis principum, auctoritate prudentium venit. § 1: Ius praetorium est, quod praetores introduxerunt adiuvandi, vel supplendi, vel corrigendi iuris civilis gratia propter utilitatem publicam. Quod et honorarium dicitur ad honorem praetorum sic nominatum.

Verf. (S. 139) zweifelt, ob Papinian so allgemein schrieb, ob er eine 'Theorie der Rechtsquellen' geben wollte. Er habe wohl nur vom Aktionen- und Erbrecht gesprochen und erst die Kompilatoren dies verallgemeinert: 'es ist höchst zweifelhaft, ob diese Fassung die ursprüngliche war. Sie ist dem zweiten Buche der Definitiones entnommen, die, wie Lenels Palingenesia zeigt, systematisch nach Rubriken geordnet waren, und die Theorie der Rechtsquellen im ersten Buche behandelten. Was für einen Anlaß mochte Papinian haben, auf die Theorie der Rechtsquellen im zweiten Buche zurückzukommen?'

Indes, Papinians ganzes Werk, anscheinend über das gesamte Privatrecht, hatte nur zwei Bücher und doch nichts von der knappen Kürze Ulpians (oder selbst des Paulus in seinen fünf Büchern). Papinian gibt oft recht ausführliche Darlegungen und Begründungen z. B. Lenel 32, 36, 37, 38, 39, 43, 54, 55, 56, 57, 59, 60, sogar mit Heranziehung ferner liegender Begriffe z. B. des vadimonium (55), der sanctio legis (59). Da kann er in 2 Büchern den ganzen Stoff weder vollständig, noch straff systematisch behandelt haben. Er gab wohl nur einzelne Titel (eine Rubrik: Lenel 62) in lockerer Ordnung — vielleicht Digestensystem: de iudicatis im B. II.

Die Definition der 'lex' (29) in B. I gehörte nun wohl zu der herkömmlichen Quellentheorie am Eingang des Werkes. Aber dieser war ja die Einteilung: ius civile — honorarium nach Gaius (und noch nach

[1]) So Verf. S. 103: 'Wo immer Gaius von den Rechtsquellen spricht, drückt er sich in einer Weise aus, die den Gedanken, daß ihm der Gegensatz bekannt gewesen wäre, geradezu ausschließt' unter Berufung auf mich in dieser Ztschr. XIX S. 296 (l. 297), wo ich aber nur sagte: 'Und doch hat Gaius .. einen verhältnismäßig strengen, archaistischen Sprachgebrauch. Von einem 'ius' praetorium sagt er noch nichts, nennt er doch sogar nie den Gegensatz actio civilis — praetoria (honoraria)'. Zudem übersah ich hier G. IV 34: 'iure .. praetorio', was Verf. nicht hätte nachmachen sollen.

Justinians Institutionen) gerade fremd. So brachte Papinian sie irgendwo anders an bei einer Einzelfrage: zufällig in B. II. Gerade wie er dort die 'sanctio legis' erörterte: No. 59.

Von hier aus ergibt sich also keinerlei Verdacht an der Ursprünglichkeit von D. (1, 1) 7. Auf der andern Seite lag aber gerade diese Interpolation den Kompilatoren fern (o. S. 425).

So kann und muß die Stelle für echt gelten. Den Gegensatz aller nichtprätorischen Rechtsinstitute zu den prätorischen, der als ipsum ius — praetor von alters her geläufig war, und den schon Pomponius anscheinend als ius civile — honorarium ausgeprägt hatte, formulierte Papinian hier klar und umfassend. Durchaus wahrscheinlich, daß er dadurch die demnächstige allgemeine Aufnahme desselben wesentlich beförderte. Nun die Stellen ohne 'ius' praetorium, honorarium.

Bei 'praetor — ius civile' besteht, wie wir oben (S. 431) sahen, eine gewisse Vermutung dafür, daß das 'civile' nicht rein zum Überfluß dasteht, sondern als technischer Gegensatz zum ius legitimum. Daher läßt es sich nicht direkt widerlegen, wenn Verf. (S. 106) die betreffenden vorseverischen Stellen sämtlich für das proprium ius civile beansprucht.[1]) Dagegen spricht keine Vermutung für proprium ius civile, wo civilis allein steht, als adjektivische Bezeichnung für 'ipsum ius'.

Verf. will allerdings als vorseverischen Gegensatz zu den prätorischen Schöpfungen nur die obligatio, actio etc. 'iuris civilis' gelten lassen, d. h. die des Juristenrechts; actio, obligatio civilis dagegen bedeute vorseverisch nur die 'rechtswirksame'. Hier ist unbezeugt die obligatio 'iuris civilis'. Und wenn eine obligatio wirksam oder minder wirksam, d. h. klagbar oder unklagbar sein kann: obligatio civilis — — naturalis, so scheint der Begriff einer 'minder wirksamen Klage' gerade so unrömisch, wie der dafür gebildete Name 'actio naturalis' (S. 112 vgl. S. 110), ein bei der Korrektur übersehenes portentum!

Civilis für alles nichtprätorische Recht steht wohl in der 'civilis intentio' bei Neraz (o. S. 427 A. 2), sodann bei Aristo und Julian, denen beiden Verf. es bestreitet.

Ulp. l. 19 Sab. D. (30) 28 pr.:

> sicut Aristo ait, id quod honoraria actione mihi debetur, si legetur mihi, legatum valere, quia civilis mihi datur actio pro honoraria.

Verf. S. 114 läßt dies Zeugnis nicht gelten: 'Aristo (mag) actio legitima geschrieben haben. Ulpian, der (diesen Ausdruck) geflissent-

[1]) Da indes auch den vorseverischen Juristen die Zusammenfassung alles nicht prätorischen Rechts als 'ipsum ius' von alters geläufig war, ist gewiß auch in mehr als einer jener Stellen (S. 104 ff.) das 'ius civile' im untechnischen, weiten Sinne gemeint so z. B. Neratius D. (36, 3) 13; Neratius (?) und Aristo (?) bei Ulp. Vat. fr. 83; Gaius II 170; IV 38, 116 und D. (29, 2) 57 pr. Hier überall ist nicht der leiseste Anhalt für eine bewußte Einschränkung auf das proprium ius civile.

lich vermeidet, wird (ihn) durch actio civilis .. ersetzt haben'. Indes: 1. für Legatsklagen ist der Ausdruck 'legitima actio' weder bezeugt, noch auch wahrscheinlich, da sie nicht direkt und speziell auf ein Gesetz sich stützen, wie durchgehend die 'legitimae actiones': actio aquae pluviae arcendae, de pastu pecoris, de pauperie, furti, legis Aquiliae (hierfür: Aristo D. (19, 5) 14 § 3). — 2. Wenn Ulpian l. 41 Sab. D. (47, 1) 1 § 2 in einer allgemeinen Ausführung mit der Terminologie seiner Zeit von den Deliktsklagen sagt 'sive civiles sunt sive honorariae', während Gaius IV 109 sie 'ex lege' und Maecian D. (35, 2) 32 pr. 'legitimae' nannte, so behält derselbe Ulpian im gleichen Buch 41 Sab. D. (19, 5) 14 § 3 doch Aristos 'legitima' actio bei. Seine allgemeine Korrektheit (o. S. 424) äußerte sich eben auch im Zitieren. Wenn er also in unsrer Stelle dem Aristo eine 'civilis' actio zuschreibt, hat er sie gewiß bei ihm gefunden.

So wird dieselbe gleichfalls Aristo gehören in D. (2, 14) 7 § 2, was Verf. bloß mit einem Exzerpt arbeitend zu Unrecht bezweifelt.[1])

Von hier aus wird man gleichfalls eher vom ius civile commune als vom proprium verstehen die actio 'iuris civilis', die Aristo bei Pomponius D. (19, 5) 16 § 1 der in factum a praetore danda gegenüberstellt. Ein Anlaß, speziell an Juristenrecht zu denken, liegt hier nicht vor.

Für Julian ist die actio civilis sensu lato wahrscheinlich durch die soeben erörterte Stelle D. (2, 14) 7 § 2, dies um so mehr, als sie für ihn sicher bezeugt ist durch D. (46, 1) 11. Hier erhebt sich die allgemeiner interessante Frage, wie diese Julianstelle zu der anscheinend parallelen D. (14, 6) 18 sich verhält.

D. (46, 1) 11 Iul. l. 12 Dig.:

> Qui contra Senatusconsultum filiofamilias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest: quia neque civilem neque honorariam adversus patrem actionem habet,
> nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent.

Statt 'neque civilem neque honorariam . . actionem' vermutet Ehrlich (S. 111) unter Berufung auf D. (14, 16) 18 ein ursprüngliches 'civilem vel naturalem obligationem'.

---

[1]) Ulpian legt hier den Schulenstreit über do ut des, do ut facias dar: Aristo Celso respondit . . . hoc συνάλλαγμα esse et hinc nasci civilem obligationem. Verf. (S. 113) zitiert nur bis hier und bemerkt: 'Auch die obligatio civilis des Aristo ist jedenfalls nur ein 'wirksamer', nicht wie häufig behauptet worden ist ein auf dem ius civile beruhender Anspruch'. Dem widerspricht aber die Fortsetzung: 'et ideo puto recte Iulianum a Mauriciano reprehensum, . . Iulianus scribit in factum actionem a praetore dandam, ille ait civilem incerti actionem . . . sufficere: esse enim contractum quod Aristo συνάλλαγμα dicit'. Danach drehte sich zu Julians und gewiß auch schon zu Aristos Zeit dieser Schulstreit um die Schlagworte der actio (formula? — Ztschr. XXIII 445 ff.) in factum a praetore danda und der actio civilis (d. h. quae iure civili competit: S. C. Treb.; quae ipso iure competit: G. IV 112).

Einmal werde 'die Frage der Bürgschaft für eine obligatio naturalis . . von Julian . . häufig aufgeworfen: dagegen wird die Bürgschaft für eine actio honoraria nie erörtert, es ist auch nicht einzusehen, zu welchem Zwecke das hätte geschehen sollen. Es lag nicht in der Art Julians, unnütz viele Worte zu machen'. — Dies zerfällt schon vor dem vom Verf. übersehenen Schlußsatz der Venuleiusstelle: 'plane a patre, eius actionis nomine quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi'. Also: fideiussio für die honorarische 'actio' de peculio. Von ihr statt von der obligatio zu sprechen, gehört zu genau demselben (archaisierenden?) Purismus, wie Julians Abneigung gegen ius praetorium. Des Prätors Schöpfungen werden noch nicht gern als eigentliches Recht bezeichnet: ius praetorium, obligatio praetoria. Julian kann also sehr wohl so geschrieben haben, wie es in D. (46, 1) 11 steht. Und daß er so schrieb, ist um so wahrscheinlicher, als die Kompilatoren dem 'civilis — honorarius' nicht günstig waren (o. S. 425). Die methodisch berechtigte Vermutung eines Tribonianismus versagt hier also und Verf. verläßt den Boden der wissenschaftlichen Forschung — der Wahrheit sich nähern durch Wahrscheinlichkeiten! — wenn er unmethodisch die bloße Möglichkeit anruft eines 'Abschreibers, der ein Glossem verwertet haben mag'.

Besser klingt schon, daß nach D. (14, 6) 18 Venul. II Stipul. Julian in unserem Falle tatsächlich von obligatio civilis — naturalis gesprochen habe:

> Creditorem filiifamilias, mortuo eo, fideiussorem accipere non posse, Iulianus scribit, quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat:
>
> plane a patre eius actionis nomine quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi.

Die Kompilatoren bezogen die Stelle auf einen Geld entleihenden Haussohn, daher setzten sie sie nach D. 14, 6. Sie hielten sie also für eine Dublette der Julianstelle D. (46, 1) 11; ebenso mit und nach ihnen z. B. Glück XIV 345; Lenel Paling.: Iul. 190, Venul. 56; und Verf. S. 111. Das ist indes unmöglich wegen des Schlußsatzes der Venuleiusstelle. Die exceptio S. C. Mac. schützt den Vater genau so weit wie den Sohn. In D. (46, 1) 11 steht sie diesem zu, da gab es dann aber auch keine 'actio quae de peculio adversus patrem competit', wie sie Julian bei Venuleius D. (14, 6) 18 erwähnt. Dies ist eine nicht unter das S. C. fallende Schuld des Sohnes[1]), d. h. es ist nicht der Fall von D. (46, 1) 11! Und zwar gilt dies nicht nur von dem Schlußsatz der Venuleiusstelle, denn diese ist wohlzusammenhängend und be-

[1]) So die Glosse 'competit' zu D. (14, 6) 18 unter Vergleichung von C. (4, 28) 5, während Gothofred (wie Verf.) den lästigen Schlußsatz übersieht. — Schade, daß die Scholien zu Bas. (18, 4) 18 verloren sind. Sie werden ihre Meinung herausgesagt haben: *σημειῶσαι ξένον — θαυμαστὸν* etc. — Auch Cujaz (Neap. 1722) VI 301 c. sagt zu unserem Satz: 'alio scilicet contractu quam mutui'.

handelt von Anfang an einen und denselben Fall.[1]) Julian stellte darin für eine Schuld des Sohnes, die nicht unter das S. C. fällt, fest:

1. durch Tod des Sohnes falle seine eigene Schuld nebst den von ihm selbst dafür bestellten Bürgschaften absolut fort, da kein Erbe für ihn eintritt[2]): quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat, oder wie es D. (46, 1) 11 heißt: nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent;
2. wohl aber bestehe fort die etwaige actio de peculio gegen den Vater nebst ihren Bürgschaften.

Der Schlußsatz von D. (46, 1) 11: nec est ulla hereditas .. macht übrigens wahrscheinlich, daß Julian das Problem von D. (14, 6) 18 im unmittelbaren Anschluß an D. (46, 1) 11 erörterte. Das würde auch das Versehen der Kompilatoren in etwas erklären. Sie hätten nach D. 14, 6 ein Exzerpt gesetzt, welches zwar vom S. C. Maced. nicht handelte, aber wenigstens aus einer Erörterung darüber stammte; von rechtswegen gehörte D. (14, 6) 18 nach D. 46, 1 und D. (46, 1) 11 nach D. 14, 6.

Jedenfalls bezeugt die letzte Stelle unanfechtbar sicher den technischen Gebrauch der Antithese actio civilis — honoraria durch Julian, trotz des Purismus, den er durch Nichtgebrauch von ius praetorium, honorarium betätigt (o. S. 433).

Um so mehr ist für Pomponius, der das ius praetorium — civile öfter anwendet (o. S. 432), der Gebrauch von 'civilis' im weiten Sinn zu vermuten. Es findet sich denn auch in D. (36, 1) 72 § 1, wo er mit 'non competit in eum ulla civilis actio' offenbar das S. C. Trebellianum genau wiedergibt: actio quae iure civili competit (o. S. 423). Nicht minder echt erscheint die civilis actio bei Ulp. D. (4, 9) 3 § 1: Pomponius ... miratur .. cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles. Hier vermutet Verf. (S. 114), Pomponius habe 'actiones iuris civilis' geschrieben und Ulpian sie in 'civiles' verwandelt. Aber jener Satz sieht ganz wie ein Zitat aus in seiner gedrungen antithetischen Form, die durch actiones iuris civilis verloren ginge. Im übrigen ist methodisch an jedwedem Zeugnis festzuhalten, so lange dessen Verfälschung nur als möglich, nicht als wahrscheinlich nachgewiesen ist. — Auch in D. (41, 1) 50 von Pomponius ist nulla civilis actio wohl technisch im Gegensatz zu dem anfangs genannten decretum praetoris.

---

[1]) Übrigens stimmen ja auch die beiden von Julian entschiedenen Fälle durchaus nicht überein. In D. (46, 1) 11 sagt Julian: qui contra S. C. filiofamilias crediderit, mortuo eo fideiussorem a patre accipere non potest, dagegen bei Venuleius D. (14, 6) 18 in dem ersten, D. (46, 1) 11 angeblich parallelen Satz setzte Julian als Bürgschaftssteller zuerst den Sohn voraus, denn im Schlußsatz wird der Vater als Bürgschaftssteller in Gegensatz gestellt zu dem Fall des ersten Satzes: plane a patre eius actionis nomine quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi. — [2]) Die Anomalie des peculium castrense läßt Julian bei Seite, da er nicht pedantisch ist, sondern klassisch: o. S. 426.

Zuletzt Gaius, der reichhaltigste und interessanteste auch für unsre Frage. Wie er 'ius praetorium' nur einmal sagt und zwar mit dem Gegensatz 'ius legitimum', so setzt er auch dem 'praetor' öfters die leges entgegen oder aber das ius civile mit bewußter Einschränkung auf das ungesetzte Recht, proprium ius civile (Stellen S. 104ff.). So hübsch und dankenswert aber diese Feststellungen sind, so übertreibt Ehrlich, wenn er Gaius das ius civile im weiten Sinne ganz abspricht und so G. III 34, 37, wo die XII tafelmäßige Intestaterbfolge ius civile genannt wird, für eingeschoben erklärt, entweder von einem späteren Bearbeiter des Gaius oder vielleicht von Gaius selbst in seine ältere Vorlage, deren altkorrekte Terminologie er übrigens beibehalten hätte. Hierfür spreche: 'daß diese Stellen sich an das Vorhergehende nur lose und äußerlich anschließen, und ohne jede Störung des Zusammenhanges auch weggelassen werden könnten', wie Verf. (S. 108) in gesperrtem Druck sagt.

Indes, der § 34 ist nicht zu lösen aus der gewiß echten Darlegung über die Funktionen des Prätors gegenüber dem Rechte: G. III 33—34 = J. (3, 9) pr. § 1, hier mußte aber alles selbstgültige Recht unter einem Namen zusammeugefaßt werden und nicht gespalten in legitimum — civile. Grade wie in J. (3, 9) pr. wird Gaius zu Anfang gesagt haben: 'emendandi ... veteris iuris gratia', am Schluß aber sagte er gerade wie J. (3, 9) 1: ad eos hereditas pertinet 'iure civili' im weiten Sinne, genau so wie im S. C. Trebellianum und in dem gajanischen Kommentar dazu: G. II 253.

Ebenso unmöglich erscheint die Streichung von G. III 37 aus der Theorie der bonorum possessio sine re (§§ 35—37) gegenüber Testamentserben: 'contentus eo quod iure civili heres sit' (§ 36) oder Intestaterben (§ 37) und zwar 1. dem suus: 'contentus legitimo iure', 2. dem agnatus: 'si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem'. Ohne grobe Unvollständigkeit konnte Gaius offenbar keinen dieser drei durchaus verschiedenen und gleich wichtigen Elementarfälle bei Seite lassen und etwa, wie Verf. will, als Vertreter des Intestaterbrechts nur den 'suus' contentus legitimo iure nennen, dagegen nicht den Agnaten, qui adierit.

So ist für Gaius das ius civile 'lato sensu' denn dreimal sicher bezeugt: G. II 253, III 34, 37 und es besteht kein besonderer Grund es ihm (mit Verf. S. 114) abzusprechen in D. (5, 5) 2: per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest. Daß gerade diese 'civiles actiones' den Kompilatoren gehörten, ist bei deren geringer Sympathie für diesen Ausdruck methodisch nicht zu vermuten.

Zum Schluß die Ergebnisse des Vorstehenden.

Ehrlich hat gezeigt, daß der Begriff des proprium ius civile viel länger als man bisher annahm die Denk- und Ausdrucksweise der Juristen beeinflußt hat. Auch im Gegensatz zu den prätorischen Schöpfungen bezeichnen Gaius und seine Vorgänger als ius civile mit

erui
Nach
und

S

[Z
dieser
dageg
Worte
von n
meiner
Danach
djon (v
deutsch
indoger
zu d.
besteht
standen
praevas.
um ein V
gegenüb
das Rec

Stra

[Zu
Das Da
VV. CC.
Index m
Daten er

Es
RIBUS.
300, 305

Das
herein a
unsicher
kennen w

---

1) Ich
eine genau
stellen oder
gehen. Di
z. B. auch
Sabas von
gabe P. Kr
(vgl. Cotel
— 2) Vgl.
S. 384. —

Literatur.

B. W. Nikolsky, Die Schenkungen zwischen Ehegatten. Eine römisch-rechtliche Untersuchung. Erster Band. Geschichtlicher Teil. Erste Lieferung. St. Petersburg 1903, 312 S. 8° (russisch).

Aus dem Vorwort ist zu ersehen, daß Verf. eine erschöpfende Darstellung der Lehre von den Sch. zw. Eheg. zu liefern beabsichtigt. Das vorliegende Buch enthält nur einen Versuch, die Entstehung des Verbotes dieser Sch. zu erklären. Die Darstellung, in 3 Kap., ist vorwiegend dogmengeschichtlichen Inhalts. Das erste Kap. (S. 13—62) enthält Verzeichnisse der von dieser Lehre handelnden Quellenfragmente, denen sich 2 Palingenesien — eine „der Juristen", die andere der Konstitutionen — anordnen; dem reiht sich am Schlusse des Kap. eine Bibliographie der Lehre an. In dieses umfangreiche Register sind Schriften aufgenommen, welche sich speziell mit dem Thema der Sch. zw. Eheg. befassen, sowie solche, die es nur beiläufig streifen. Der Vollständigkeit halber sind in diesem Verzeichnisse auch „absolut wertlose" Schriften angeführt.[1])

Das zweite Kap. „Entstehung des Verbotes der Sch. zw. Eheg. auf gewohnheitsrechtlichem Wege", beginnt mit einer sehr ausführlichen Dogmengeschichte (S. 62—218), welcher sich die Darlegung der eigenen Ansicht des Verfs. anschließt (S. 218—233).

Im folgenden werden nur die Hauptpunkte der dogmengeschichtlichen Entwickelung, wie Verf. sie schildert, hervorgehoben, denn es ist unmöglich und zwecklos, sämtliche vom Verf. besprochenen Theorien an diesem Orte vorzuführen. Mit der Frage, auf welche Rechtsquelle das Verbot der Sch. zw. Eheg. zurückzuführen ist, haben sich schon die ersten Interpreten des Ulpiansfragmentes Dig. 24, 1, 1 pr. befaßt — die Byzantiner und die Glossatoren. Während nun erstere „mores" als gleichbedeutend mit auctoritas prudentium ansahen, meinten letztere, unter diesem Ausdruck sei das jus civile zu verstehen, welches sie auf die XII Taf. und in letzter Stelle auf die leges Solonis und Lacedaemoniorum, also auf geschriebenes Recht zurückführten. Diese Ansicht wurde vorherrschend, nachdem Cujaz

[1]) In diesem Verzeichnisse fehlen die „absolut wertlosen" Diss. von Adr. Daëy Lugd. Bat. 1745, Breuning (Breuer) Lipsiae 1775, Stockmann ibid. 1805, V. Kopff Cracoviae 1829.

Vorliebe Institute des ungesetzten Rechts. Sie haben einen zweifachen Gegensatz: praetor — ius civile und praetor — ius legitimum.

Aber Ehrlich übertreibt, wenn er diese enge, technische Bedeutung von ius civile nicht nur für die häufigere erklärt, sondern bis zu Scaevola (D. 13, 5. 31; D. 18, 5. 8 — S. 118) sogar für die einzige, und noch mehr, wenn er bis dahin auch sachlich die einheitliche Zusammenfassung alles nicht prätorischen Rechtes leugnet.

Diese wird unter dem Namen ipsum ius — praetor durch G. IV 112 als altherkömmlich erwiesen und auch der weite, das ius legitimum umfassende Sinn von 'ius civile' wird als alt bezeugt durch die Wendungen proprium ius civile und communi nomine appellatur ius civile bei Pomponius (Varro?) D. (1, 2) 2 §§ 5, 12 (o. S. 422); durch das 'iure civili vinctum habeto' der lex Ursonensis (o. S. 430) und durch das 'iure civili competere' des S. C. Trebellianum (o. S. 430). Und damit stimmen durchaus die Juristenstellen.

Münster i./W. H. Erman.

Literatur.

B. W. Nikolsky, Die Schenkungen zwischen Ehegatten. Eine römisch-rechtliche Untersuchung. Erster Band. Geschichtlicher Teil. Erste Lieferung. St. Petersburg 1903, 312 S. 8° (russisch).

Aus dem Vorwort ist zu ersehen, daß Verf. eine erschöpfende Darstellung der Lehre von den Sch. zw. Eheg. zu liefern beabsichtigt. Das vorliegende Buch enthält nur einen Versuch, die Entstehung des Verbotes dieser Sch. zu erklären. Die Darstellung, in 3 Kap., ist vorwiegend dogmengeschichtlichen Inhalts. Das erste Kap. (S. 13—62) enthält Verzeichnisse der von dieser Lehre handelnden Quellenfragmente, denen sich 2 Palingenesien — eine „der Juristen", die andere der Konstitutionen — anordnen; dem reiht sich am Schlusse des Kap. eine Bibliographie der Lehre an. In dieses umfangreiche Register sind Schriften aufgenommen, welche sich speziell mit dem Thema der Sch. zw. Eheg. befassen, sowie solche, die es nur beiläufig streifen. Der Vollständigkeit halber sind in diesem Verzeichnisse auch „absolut wertlose" Schriften angeführt.[1])

Das zweite Kap. „Entstehung des Verbotes der Sch. zw. Eheg. auf gewohnheitsrechtlichem Wege", beginnt mit einer sehr ausführlichen Dogmengeschichte (S. 62—218), welcher sich die Darlegung der eigenen Ansicht des Verfs. anschließt (S. 218—233).

Im folgenden werden nur die Hauptpunkte der dogmengeschichtlichen Entwickelung, wie Verf. sie schildert, hervorgehoben, denn es ist unmöglich und zwecklos, sämtliche vom Verf. besprochenen Theorien an diesem Orte vorzuführen. Mit der Frage, auf welche Rechtsquelle das Verbot der Sch. zw. Eheg. zurückzuführen ist, haben sich schon die ersten Interpreten des Ulpiansfragmentes Dig. 24, 1, 1 pr. befaßt — die Byzantiner und die Glossatoren. Während nun erstere „mores" als gleichbedeutend mit auctoritas prudentium ansahen, meinten letztere, unter diesem Ausdruck sei das jus civile zu verstehen, welches sie auf die XII Taf. und in letzter Stelle auf die leges Solonis und Lacedaemoniorum, also auf geschriebenes Recht zurückführten. Diese Ansicht wurde vorherrschend, nachdem Cujaz

[1]) In diesem Verzeichnisse fehlen die „absolut wertlosen" Diss. von Adr. Daëy Lugd. Bat. 1745, Breuning (Breuer) Lipsiae 1775, Stockmann ibid. 1805, V. Kopff Cracoviae 1829.



sie in den Paratitla adoptiert hatte, und blieb es auch, obschon er später (im Kommentar zum Tit de just et de jure) sie verließ. So suchte z. B. Gentilis, die erste Ansicht Cujaz' ausführend, das Verbot durch ein Senatuskonsult aus der Zeit des Romulus zu erklären. Eine neue Idee brachte in diese Lehre Brissonius: Der Ursprung des Verbotes, meint er, sei vielleicht in der manus mariti, welche eine communio der Ehegatten bewirkte, zu finden. Vor dieser Entdeckung steht Verf. begeistert: „Dieser Gedanke, meint er, ist eine Napoleonische Schlachtordnung (!); ein Ziel ist gesetzt und eine Bahn für den Krieger auf feurigem Araberrosse eröffnet; es ist kein Wunder, daß auf diesem Wege die mit dem Hausrat altmodischer Gelehrsamkeit überladenen Kameele sich verirrten" (S. 89). Diesen Gedanken konnte nur ein Genie oder ein Pedant erfolgreich durchführen. Und erst 150 Jahre später erschien der Pedant, Boehmer (ibid), welcher diesen Gedanken mit dem nötigen gelehrten Apparat ausstattete und konsequent durchzuführen suchte. Die aus dem Wesen der strengen Ehe sich ergebende Ungültigkeit, meint Boehmer, wurde durch die forensis interpretatio auch auf die freie übertragen, weil sie infolge des Sittenverfalls rationell erschien. Anstößiges konnte hierin nichts gefunden werden, denn ein Vorbild lag schon vor, namentlich in den bei der Ususehe vor Ablauf des Jahres, also vor conventio in manum gemachten Sch. zw. Eheg., welche Boehmer auch als widerruflich ansieht. Diese Behauptung aber ist der schwache Punkt der Theorie Boehmers, denn um die Widerruflichkeit der Sch. auch in diesem Falle zu erklären, muß er einen stillschweigenden modus konstruieren, eine Konstruktion, welche schlecht für die ältere Zeit paßt. Auch will Verf. nicht zugeben, daß die Juristen, nur auf ihre Autorität gestützt, die Nichtigkeit der Sch. bei der freien Ehe durchsetzen konnten, denn die für die strenge Ehe geltenden Sätze konnten nicht ohne weiteres auf die grundverschiedene freie übertragen werden. Mit Boehmer schließt die Entwicklung der Lehre in der älteren Literatur ab. Im XIX. Jahrhundert erwuchs mit der Auffindung der Fragmenta Vaticana eine neue Schwierigkeit für die Forscher. Im § 302 Frag. Vat. werden vir et uxor zu den vom Schenkungsverbot der l. Cincia befreiten Personen zugerechnet, eine Bestimmung, die gewissermaßen die Gültigkeit der Sch. zw. Eheg. voraussetzt und die Entstehung des Verbotes in eine spätere Zeit rückt. Dieser Stelle schreibt Verf. keine Bedeutung zu, denn seines Erachtens enthält der mit „ut" eingeleitete Satz nur die erläuternden Worte des Paulus, und es bleibt unbewiesen, daß die Worte vir et uxor im Originaltexte der l. Cincia gestanden hatten. Es ist dies zuzugeben, doch noch entschiedener spricht gegen die Annahme einer späten Entstehung des Verbotes das (vom Verf. auch berücksichtigte) Argument von Maynz[1]), welcher darauf hinweist, daß zur Zeit der Entstehung der Frag. Vat. die Sch. zw. Eheg. zweifellos ungültig waren, der § 302 also nicht in dem angedeuteten Sinne zu interpretieren ist. In der neueren Literatur unterscheidet Verf. zwei Richtungen, die „konservative", welche das Ver-

[1]) Cours de droit romain 2, 379. Anm. 26.

bot auf altes Gewohnheitsrecht zurückführt (S. 130) und die „radikale“ (S. 135), welche seinen Ursprung in die spätrepublikanische Zeit verlegt.

Für die erstere Ansicht sind Hugo und Savigny zuerst aufgetreten, Schrader, Francke, Bruns sind die Urheber der zweiten. Doch ist mit dieser Klassifikation nicht viel gewonnen, denn im folgenden wird jede Theorie einzeln besprochen, da beide Richtungen durch das äußerliche Unterscheidungsmerkmal (Zeitpunkt der Entstehung des Verbotes) nicht genügend charakterisiert werden. Und ganz außerhalb dieser Einteilung stehen, wie Verf. zugibt, die Ansichten von Alibrandi und de Medio, sich allerdings an die „radikale“ Richtung anschließend. Eine erschöpfende Kritik der Ansicht von de Medio[1]) (die Sch. zw. Eheg. seien zur klassischen Zeit bloß widerruflich gewesen, die Nichtigkeit sei später hineininterpretiert) wird in Aussicht gestellt, dagegen die von Alibrandi eingehend besprochen.

Am Schlusse der Dogmengeschichte trägt Verf. seine eigene Ansicht vor (218—233). Es müssen, meint er, die Sch. im faktischen und im juristischen Sinne zu unterscheiden sein. Unter ersterem versteht er — soviel kann man aus S. 174—176 entnehmen — diejenigen liberalen Zuwendungen, welche das häusliche Leben notwendig mit sich bringt und welchen er keine rechtliche Bedeutung zuschreibt, es schenkt z. B. der Mann ein Spinnrad der Frau, die Frau dem Manne eine Toga. Solche Sch. konnten auch bei der strengen Ehe vorkommen. Der Gewalthaber konnte sie nach Belieben widerrufen, beim Ausscheiden aus der Gewalt konnte die Frau sie nicht ohne weiteres mitnehmen, nach dem Tode des Mannes gehörten sie zu der Erbmasse.

Die Ungültigkeit der Sch. zw. Eheg. bei der strengen Ehe ergibt sich von selbst; bei der freien kam dieser Gedanke nur allmählich zur Geltung, es hat also eine Zeit gegeben, wo die Sch. nicht unwirksam waren. Der Ursprung dieser Ungültigkeit muß in der Natur der Dotal**klage** gesucht werden. Beklagter ist immer der Ehemann, also hat bei der a. rei uxoriae die Ehefrau den Beweis zu führen. Die Ausdrücke „Mann“ und „Frau“ gebraucht Verf. der Kürze halber, indem er darauf hinweist, daß häufig nicht die Ehegatten Parteien bei dieser Klage waren, sondern die homines sui juris, deren Gewalt die Ehegatten resp. einer von ihnen unterworfen waren. Wenn es nun der Frau nicht gelang, ihre Rechte auf ein im Besitze des Mannes stehendes Vermögensstück zu beweisen, so verblieb es ipso facto bei dem Manne. Wenn bei Auflösung der Ehe durch Tod oder Scheidung es zu einer Auseinandersetzung zwischen den Ehegatten (resp. zwischen einem von ihnen und den Erben des anderen) kam, so mußte bei dieser Gelegenheit auch über das Schicksal der donationes entschieden werden. Des näheren gestaltete sich die Lage folgendermaßen: 1. Tod des Schenkgebers. a) Stirbt die Ehefrau, „so strengt Kläger auf Grund der instrumenta dotalia die a. r. ux. an. Wenn der Mann etwas für sich behalten will, sich auf eine Sch. berufend, so muß er diese Einrede beweisen

[1]) Rivista italiana per le scienze giuridiche XXXIII.

(223). In der älteren Periode war dieser Beweis leichter zu führen, weil bei der Sch. der tutor mitwirken mußte; im Falle eines Vermächtnisses (?) war der Sachverhalt auch klar; in der späteren Periode — insbesondere wenn die Frau sui juris war — wurde der Beweis schwieriger" (224). Wenn aber der Mann eine mortis c. donatio beweisen konnte, so war sie unanfechtbar; hieraus erklärt sich Dig. 24, 1, 9, 2: „Die Sch. ist gültig, weil sie, insoweit beweisbar, juristisch möglich ist" (sic.) S. 224. b) Stirbt der Ehemann, so wiederholt sich die oben geschilderte Lage fast ohne Unterschied, nur müssen in der obigen Ausführung die Ausdrücke „Ehemann" durch „Ehefrau", und „Frau" durch „Erben des Mannes" ersetzt werden. 2. Tod des Beschenkten. a) Tod der Frau. Wenn Kläger ein Geschenk in Anspruch nimmt, so muß er die Sch. beweisen: für bloß „faktische" Sch. ist ein solcher Beweis „absolut unmöglich"; „rechtliche" Sch. wären aber unter diesen Umständen de facto absurd und in älteren Zeiten de jure unmöglich, denn es würde ein Vertrag zu gunsten der Erben der Ehefrau vorliegen (224). b) Tod des beschenkten Ehemannes — hier, meint Verf., sei mit geringfügigen mutatis mutandis dasselbe zu wiederholen, wie im Falle sub a. Obige Ausführungen, meint Verf., seien auch in anderen Fällen der Auflösung der Ehe anwendbar, und hieraus zieht er folgenden „höchst einfachen Schluß: Sch. zw. Eheg. sind gültig, insoweit sie beweisbar sind; da aber die rechtliche Gültigkeit der donationes simplices zw. Eheg. fast immer unbeweisbar bleibt, weil die Eheg. sich meistens mit faktischen Sch. begnügen und der juristischen Formalitäten bei normalen Verhältnissen nicht bedürfen, so mußte es dazu kommen, daß im Bereiche der Dotalklage die simplices donationes in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sich als ungültige herausstellten"[1] (225). Es bleibt zu erklären, wie die Widerruflichkeit resp. Nichtigkeit der Sch. als bewußtes Prinzip aufgekommen ist, und Verf. gibt folgende Erklärung an: die Unsicherheit des Bestandes der Sch. in dem Prozesse der Dotalklage konnte nicht unbemerkt bleiben. Sie hatte daher zur natürlichen Folge, daß die Eheg. Maßnahmen trafen, um das geschenkte Gut sich zu sichern. Die Frau hatte es leichter, denn die Rückgabe der Dos wurde ihr durch die instrumenta dotalia garantiert; wollte sie nun das ihr vom Manne Geschenkte für sich behalten, so brauchte sie nur zuerst das wertvollere bei Seite zu schaffen und dann die Dos im vollen Betrage einzuklagen (S. 227). Dem Manne standen ähnliche Garantien, wie die instrumenta dotalia, nicht zu, und war er juris vigore (als Besitzer) der Stärkere, so war via facti die Frau ihm überlegen. Aber es konnte nicht ausbleiben, daß solche „progressive Strömungen des Eherechts", diese Mißbräuche der Ehefrauen, den Unbill der Männer latinae frugalitatis erregten und Mittel

[1]) „Wo keine Dos, also auch keine Dotalklage, da blieben die Sch. immer in Kraft; so Sch. an Maitressen, Buhlerinnen etc. Denn die Beschenkten waren im Besitz und der Geschenkgeber hatte zu beweisen, falls er event. seine Sch. anfechten wollte" (S. 226). Es scheint, als ob Verf. überhaupt keinen Beweis des Klägers für durchführbar ansieht, den Kläger bei der a. r. ux. ausgenommen.

zu ihrer Bekämpfung ersonnen wurden. Um den Ehemann vor der Eigenmacht der Frau zu schützen, führte man die retentiones propter res donatas ein[1]). Die Frau konnte nicht mehr erhalten, als was ihr auf „gesetzlichem Wege“ gebührte und ihrem unkontrollierbaren Schalten in dem Haushalte des Mannes wurde ein Ende gesetzt (228). Höchst wahrscheinlich sind diese Retentionen nicht ohne die Sanktion des Edikts entstanden, welches dem gewohnheitsrechtlichen Institut die nötige Form und Schutz gewährte.

Mit dem Aufkommen der retentiones wurden die Juristen vor die Frage gestellt, ob denn die ehelichen Sch. überhaupt als gültig anzusehen sind. Sie mußten aber einsehen, daß nur durante matrimonio gemachte Sch. unsicheren Bestand hatten, da nur sie bei der Dotalklage in Frage kommen. Und da die Juristen die sich ihnen aufdrängende Frage im negativen Sinne beantworteten, so mußten sie das „inter virum et uxorem“ betonen und die Ehe (fälschlich) als Hauptursache der Ungültigkeit ansehen (231). Die weitere Entwicklung ergibt sich von selbst: es wurde bald bemerkt, daß mit dem passiven Rechtsmittel der retentiones dem Manne schlecht geholfen wurde — so mußte auch die condictio ihm freigestellt werden. Die praktische Lösung der Frage ging der theoretischen vor; das schwerfällige receptum est ne d. volerent wurde in das einfachere interdictum est donationibus verwandelt und das Verbot in der überlieferten Gestalt war da; mit ihm auch die vindicatio des Schenkers (231, 232). Auf diese Weise glaubt Verf. jedes einzelne Wort des berüchtigten Ausspruches Ulpians in Dig. 24, 1, 1 pr. erklärt zu haben (233). Doch wird schwerlich jemand diese Zuversicht des Verf. teilen.

Eine historische Entwicklung wie Verf. sie schildert, wo die Unbeweisbarkeit eines Rechtsgeschäftes das Verbot desselben zur Folge hat, ist gewiß ein Unicum. Und vergeblich sucht man in seinen Ausführungen auch den leisesten Ansatz zur Erhärtung der Behauptung: „Sch. zw. Eheg. seien immer unbeweisbar. A priori einleuchtend ist er aber nicht, wenn man bedenkt, daß der arbiter rei uxoriae, welchen Verf. voraussetzt, ein freies Ermessen hatte, an Beweisregeln nicht gebunden war und Sch. als solche keiner lästigen Formalitäten bedurften. Sodann läßt Verf. außer acht, daß bei der freien Ehe die Gestaltung der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Eheg. eine ganz andere war, wie bei der strengen, denn die Frau konnte eigenes Vermögen haben. Der Richter konnte oft sehr leicht aus der äußerlichen Beschaffenheit des Streitobjektes einsehen, ob bloß eine utendum datum, eine „Sch. im fakt. Sinne“, oder eine endgültige Zuwendung, Sch. als Rechtsgeschäft, vorlag. Der Mann hätte mit seiner Behauptung, daß in der Zuwendung eines Spinnrades nur ein utendum datum beabsichtigt war, sich schwerlich Gehör verschaffen können, und die matrona hätte sich gehütet die dem Manne geschenkte „eigenhändig ge-

[1]) Hiermit ist zu vergleichen, was Dernburg, Kompensation (II. Aufl.) S. 148 über die Einführung des Abzuges ob res amotas sagt.

handelt von Anfang an einen und denselben Fall.[1]) Julian stellte darin für eine Schuld des Sohnes, die **nicht** unter das S. C. fällt, fest:

1. durch Tod des Sohnes falle seine eigene Schuld nebst den von ihm selbst dafür bestellten Bürgschaften absolut fort, da kein Erbe für ihn eintritt[2]): quia nulla obligatio aut civilis aut naturalis supersit, cui fideiussor accedat, oder wie es D. (46, 1) 11 heißt: nec est ulla hereditas, cuius nomine fideiussores obligari possent;
2. wohl aber bestehe fort die etwaige actio de peculio gegen den Vater nebst **ihren** Bürgschaften.

Der Schlußsatz von D. (46, 1) 11: nec est ulla hereditas .. macht übrigens wahrscheinlich, daß Julian das Problem von D. (14, 6) 18 im unmittelbaren Anschluß an D. (46, 1) 11 erörterte. Das würde auch das Versehen der Kompilatoren in etwas erklären. Sie hätten nach D. 14, 6 ein Exzerpt gesetzt, welches zwar vom S. C. Maced. nicht handelte, aber wenigstens aus einer Erörterung darüber stammte; von rechtswegen gehörte D. (14, 6) 18 nach D. 46, 1 und D. (46, 1) 11 nach D. 14, 6.

Jedenfalls bezeugt die letzte Stelle unanfechtbar sicher den technischen Gebrauch der Antithese actio civilis — honoraria durch Julian, trotz des Purismus, den er durch Nichtgebrauch von **ius** praetorium, honorarium betätigt (o. S. 433).

Um so mehr ist für **Pomponius**, der das ius praetorium — civile öfter anwendet (o. S. 432), der Gebrauch von 'civilis' im weiten Sinn zu vermuten. Es findet sich denn auch in D. (36, 1) 72 § 1, wo er mit 'non competit in eum ulla civilis actio' offenbar das S. C. Trebellianum genau wiedergibt: actio quae iure civili competit (o. S. 423). Nicht minder echt erscheint die civilis actio bei Ulp. D. (4, 9) 3 § 1: Pomponius ... miratur .. cur honoraria actio sit inducta, cum sint civiles. Hier vermutet Verf. (S. 114), Pomponius habe 'actiones iuris civilis' geschrieben und Ulpian sie in 'civiles' verwandelt. Aber jener Satz sieht ganz wie ein Zitat aus in seiner gedrungen antithetischen Form, die durch actiones **iuris civilis** verloren ginge. Im übrigen ist methodisch an jedwedem Zeugnis festzuhalten, so lange dessen Verfälschung nur als möglich, nicht als wahrscheinlich nachgewiesen ist. — Auch in D. (41, 1) 50 von Pomponius ist nulla civilis actio wohl technisch im Gegensatz zu dem anfangs genannten decretum praetoris.

[1]) Übrigens stimmen ja auch die beiden von Julian entschiedenen Fälle durchaus nicht überein. In D. (46, 1) 11 sagt Julian: qui contra S. C. filiofamilias crediderit, mortuo eo fideiussorem a **patre** accipere non potest, dagegen bei Venuleius D. (14, 6) 18 in dem ersten, D. (46, 1) 11 angeblich parallelen Satz setzte Julian als Bürgschaftssteller zuerst den **Sohn** voraus, denn im Schlußsatz wird der Vater als Bürgschaftssteller in Gegensatz gestellt zu dem Fall des ersten Satzes: **plane a patre** eius actionis nomine quae de peculio adversus eum competat, fideiussorem recte accipi. — [2]) Die Anomalie des peculium castrense läßt Julian bei Seite, da er nicht pedantisch ist, sondern klassisch: o. S. 426.

Zuletzt Gaius, der reichhaltigste und interessanteste auch für unsre Frage. Wie er 'ius praetorium' nur einmal sagt und zwar mit dem Gegensatz 'ius legitimum', so setzt er auch dem 'praetor' öfters die leges entgegen oder aber das ius civile mit bewußter Einschränkung auf das ungesetzte Recht, proprium ius civile (Stellen S. 104 ff.). So hübsch und dankenswert aber diese Feststellungen sind, so übertreibt Ehrlich, wenn er Gaius das ius civile im weiten Sinne ganz abspricht und so G. III 34, 37, wo die XII tafelmäßige Intestaterbfolge ius civile genannt wird, für eingeschoben erklärt, entweder von einem späteren Bearbeiter des Gaius oder vielleicht von Gaius selbst in seine ältere Vorlage, deren altkorrekte Terminologie er übrigens beibehalten hätte. Hierfür spreche: 'daß diese Stellen sich an das Vorhergehende nur lose und äußerlich anschließen, und ohne jede Störung des Zusammenhanges auch weggelassen werden könnten', wie Verf. (S. 108) in gesperrtem Druck sagt.

Indes, der § 34 ist nicht zu lösen aus der gewiß echten Darlegung über die Funktionen des Prätors gegenüber dem Rechte: G. III 33—34 = J. (3, 9) pr. § 1, hier mußte aber alles selbstgültige Recht unter einem Namen zusammeugefaßt werden und nicht gespalten in legitimum — civile. Grade wie in J. (3, 9) pr. wird Gaius zu Anfang gesagt haben: 'emendandi . . . veteris iuris gratia', am Schluß aber sagte er gerade wie J. (3, 9) 1: ad eos hereditas pertinet 'iure civili' im weiten Sinne, genau so wie im S. C. Trebellianum und in dem gajanischen Kommentar dazu: G. II 253.

Ebenso unmöglich erscheint die Streichung von G. III 37 aus der Theorie der bonorum possessio sine re (§§ 35—37) gegenüber Testamentserben: 'contentus eo quod iure civili heres sit' (§ 36) oder Intestaterben (§ 37) und zwar 1. dem suus: 'contentus legitimo iure', 2. dem agnatus: 'si ad agnatum iure civili pertinet hereditas et is adierit hereditatem'. Ohne grobe Unvollständigkeit konnte Gaius offenbar keinen dieser drei durchaus verschiedenen und gleich wichtigen Elementarfälle bei Seite lassen und etwa, wie Verf. will, als Vertreter des Intestaterbrechts nur den 'suus' contentus legitimo iure nennen, dagegen nicht den Agnaten, qui adierit.

So ist für Gaius das ius civile 'lato sensu' denn dreimal sicher bezeugt: G. II 253, III 34, 37 und es besteht kein besonderer Grund es ihm (mit Verf. S. 114) abzusprechen in D. (5, 5) 2: per quam hereditatis petitionem tantundem consequitur bonorum possessor, quantum superioribus civilibus actionibus heres consequi potest. Daß gerade diese 'civiles actiones' den Kompilatoren gehörten, ist bei deren geringer Sympathie für diesen Ausdruck methodisch nicht zu vermuten.

Zum Schluß die Ergebnisse des Vorstehenden.

Ehrlich hat gezeigt, daß der Begriff des proprium ius civile viel länger als man bisher annahm die Denk- und Ausdrucksweise der Juristen beeinflußt hat. Auch im Gegensatz zu den prätorischen Schöpfungen bezeichnen Gaius und seine Vorgänger als ius civile mit

(223). In der älteren Periode war dieser Beweis leichter zu führen, weil bei der Sch. der tutor mitwirken mußte; im Falle eines Vermächtnisses (?) war der Sachverhalt auch klar; in der späteren Periode — insbesondere wenn die Frau sui juris war — wurde der Beweis schwieriger" (224). Wenn aber der Mann eine mortis c. donatio beweisen konnte, so war sie unanfechtbar; hieraus erklärt sich Dig. 24, 1, 9, 2: „Die Sch. ist gültig, weil sie, insoweit beweisbar, juristisch möglich ist" (sic.) S. 224. b) Stirbt der Ehemann, so wiederholt sich die oben geschilderte Lage fast ohne Unterschied, nur müssen in der obigen Ausführung die Ausdrücke „Ehemann" durch „Ehefrau", und „Frau" durch „Erben des Mannes" ersetzt werden. 2. Tod des Beschenkten. a) Tod der Frau. Wenn Kläger ein Geschenk in Anspruch nimmt, so muß er die Sch. beweisen: für bloß „faktische" Sch. ist ein solcher Beweis „absolut unmöglich"; „rechtliche" Sch. wären aber unter diesen Umständen de facto absurd und in älteren Zeiten de jure unmöglich, denn es würde ein Vertrag zu gunsten der Erben der Ehefrau vorliegen (224). b) Tod des beschenkten Ehemannes — hier, meint Verf., sei mit geringfügigen mutatis mutandis dasselbe zu wiederholen, wie im Falle sub a. Obige Ausführungen, meint Verf., seien auch in anderen Fällen der Auflösung der Ehe anwendbar, und hieraus zieht er folgenden „höchst einfachen Schluß: Sch. zw. Eheg. sind gültig, insoweit sie beweisbar sind; da aber die rechtliche Gültigkeit der donationes simplices zw. Eheg. fast immer unbeweisbar bleibt, weil die Eheg. sich meistens mit faktischen Sch. begnügen und der juristischen Formalitäten bei normalen Verhältnissen nicht bedürfen, so mußte es dazu kommen, daß im Bereiche der Dotalklage die simplices donationes in der überwiegenden Mehrzahl der Fälle sich als ungültige herausstellten"[1] (225). Es bleibt zu erklären, wie die Widerruflichkeit resp. Nichtigkeit der Sch. als bewußtes Prinzip aufgekommen ist, und Verf. gibt folgende Erklärung an: die Unsicherheit des Bestandes der Sch. in dem Prozesse der Dotalklage konnte nicht unbemerkt bleiben. Sie hatte daher zur natürlichen Folge, daß die Eheg. Maßnahmen trafen, um das geschenkte Gut sich zu sichern. Die Frau hatte es leichter, denn die Rückgabe der Dos wurde ihr durch die instrumenta dotalia garantiert; wollte sie nun das ihr vom Manne Geschenkte für sich behalten, so brauchte sie nur zuerst das wertvollere bei Seite zu schaffen und dann die Dos im vollen Betrage einzuklagen (S. 227). Dem Manne standen ähnliche Garantien, wie die instrumenta dotalia, nicht zu, und war er juris vigore (als Besitzer) der Stärkere, so war via facti die Frau ihm überlegen. Aber es konnte nicht ausbleiben, daß solche „progressive Strömungen des Eherechts", diese Mißbräuche der Ehefrauen, den Unbill der Männer latinae frugalitatis erregten und Mittel

[1]) „Wo keine Dos, also auch keine Dotalklage, da blieben die Sch. immer in Kraft; so Sch. an Maitressen, Buhlerinnen etc. Denn die Beschenkten waren im Besitz und der Geschenkgeber hatte zu beweisen, falls er event. seine Sch. anfechten wollte" (S. 226). Es scheint, als ob Verf. überhaupt keinen Beweis des Klägers für durchführbar ansieht, den Kläger bei der a. r. ux. ausgenommen.

zu ihrer Bekämpfung ersonnen wurden. Um den Ehemann vor der Eigenmacht der Frau zu schützen, führte man die retentiones propter res donatas ein[1]). Die Frau konnte nicht mehr erhalten, als was ihr auf „gesetzlichem Wege“ gebührte und ihrem unkontrollierbaren Schalten in dem Haushalte des Mannes wurde ein Ende gesetzt (228). Höchst wahrscheinlich sind diese Retentionen nicht ohne die Sanktion des Edikts entstanden, welches dem gewohnheitsrechtlichen Institut die nötige Form und Schutz gewährte.

Mit dem Aufkommen der retentiones wurden die Juristen vor die Frage gestellt, ob denn die ehelichen Sch. überhaupt als gültig anzusehen sind. Sie mußten aber einsehen, daß nur durante matrimonio gemachte Sch. unsicheren Bestand hatten, da nur sie bei der Dotalklage in Frage kommen. Und da die Juristen die sich ihnen aufdrängende Frage im negativen Sinne beantworteten, so mußten sie das „inter virum et uxorem“ betonen und die Ehe (fälschlich) als Hauptursache der Ungültigkeit ansehen (231). Die weitere Entwicklung ergibt sich von selbst: es wurde bald bemerkt, daß mit dem passiven Rechtsmittel der retentiones dem Manne schlecht geholfen wurde — so mußte auch die condictio ihm freigestellt werden. Die praktische Lösung der Frage ging der theoretischen vor; das schwerfällige receptum est ne d. volerent wurde in das einfachere interdictum est donationibus verwandelt und das Verbot in der überlieferten Gestalt war da; mit ihm auch die vindicatio des Schenkers (231, 232). Auf diese Weise glaubt Verf. jedes einzelne Wort des berüchtigten Ausspruches Ulpians in Dig. 24, 1, 1 pr. erklärt zu haben (233). Doch wird schwerlich jemand diese Zuversicht des Verf. teilen.

Eine historische Entwicklung wie Verf. sie schildert, wo die Unbeweisbarkeit eines Rechtsgeschäftes das Verbot desselben zur Folge hat, ist gewiß ein Unicum. Und vergeblich sucht man in seinen Ausführungen auch den leisesten Ansatz zur Erhärtung der Behauptung: „Sch. zw. Eheg. seien immer unbeweisbar. A priori einleuchtend ist er aber nicht, wenn man bedenkt, daß der arbiter rei uxoriae, welchen Verf. voraussetzt, ein freies Ermessen hatte, an Beweisregeln nicht gebunden war und Sch. als solche keiner lästigen Formalitäten bedurften. Sodann läßt Verf. außer acht, daß bei der freien Ehe die Gestaltung der vermögensrechtlichen Verhältnisse der Eheg. eine ganz andere war, wie bei der strengen, denn die Frau konnte eigenes Vermögen haben. Der Richter konnte oft sehr leicht aus der äußerlichen Beschaffenheit des Streitobjektes einsehen, ob bloß eine utendum datum, eine „Sch. im fakt. Sinne“, oder eine endgültige Zuwendung, Sch. als Rechtsgeschäft, vorlag. Der Mann hätte mit seiner Behauptung, daß in der Zuwendung eines Spinnrades nur ein utendum datum beabsichtigt war, sich schwerlich Gehör verschaffen können, und die matrona hätte sich gehütet die dem Manne geschenkte „eigenhändig ge-

[1]) Hiermit ist zu vergleichen, was Dernburg, Kompensation (II. Aufl.) S. 148 über die Einführung des Abzuges ob res amotas sagt.

webte" Toga für sich in Anspruch zu nehmen[1]). Und gerade diese „unbeweisbarsten" Sch. des täglichen Lebens blieben von dem allgemeinen Verbote frei (Dig. 24. 1, 28 § 2, ibidem 18, 31 § 1, cf. Windscheid, Pandekten § 509). Warum hat sich aber hier die dargelegte Entwicklung verleugnet? Warum sind nicht sämtliche Rechtsgeschäfte zw. Eheg., speziell die formlosen, auf Grund deren der eine Eheg. dem andern gehörende Sachen innehatte, verboten worden, z. B. ein depositum, mandatum etc.? Es kann ja auch behauptet werden, daß sie schwer beweisbar waren (cf. Dig. 36, 3, 18 § 1), konnten also dieselben üblen Folgen für das Eherecht haben, wie die Sch. Und schließlich, wenn man bedenkt, daß bei der freien Ehe die Frau an den geschenkten Sachen Eigentum erwerben konnte, so erklärt sich nicht die Entrüstung der öffentlichen Meinung über die Versuche der Ehefrauen, sich das Geschenkte durch eigenmächtiges Wegbringen zu sichern. Die Frau war in ihrem Recht (Gültigkeit an Sch. wird ja für diese Zeit vorausgesetzt), sibi vigilavit; das Wegbringen war keine Entwendung. Pflicht der Jurisprudenz wäre es, Mittel zu ersinnen, um die Frau in ihrem Rechte zu schützen und nicht durch das Verbot das Kind mit dem Bade auszuschütten, vorausgesetzt, daß die Unbeweisbarkeit und nicht andere Gründe die Hauptursache der für das Eherecht und -leben üblen Folgen der Sch. war.

Recht unklare Vorstellungen von der Theorie der Dotalklage und der Dos erleichtern dem Verf. die Durchführung seiner Behauptungen. Denn er hätte erwägen müssen, daß die a. rei uxoriae unvererblich war, daß es also bei Auflösung der Ehe durch den Tod der Ehefrau (der Fall, welchen er am eingehendsten bespricht, 223, 224) nicht immer zu deren Anstellung kommen konnte. Die dos adventicia lukriert der Ehemann (im Falle, wo die Frau stirbt), desgleichen die profecticia, falls der Aszendent, welcher sie bestellt, nicht mehr am Leben ist.[2]) — Bei normalen Verhältnissen pflegen aber die Deszendenten die Aszendenten zu überleben. In diesen Fällen müßten, auch vom Standpunkte des Verf., die Sch. gültig bleiben, denn es kam ja zu keiner Dotalklage. Wie dem auch sei, von den „Erben der Ehefrau" als Klägern bei der a. r. ux. (wie der Verf. auf S. 224 voraussetzt) kann nicht füglich die Rede sein.[3]) Wenn man auch annimmt, daß an den Stellen, wo Verf. ausdrücklich betont, die Rückgabe der Dos sei der Frau durch die instrumenta dotalia garantiert, so wie die Vererblichkeit der „Dotalklage" voraussetzt, — er die dos recepticia und die daraus entspringende a. ex stipulatu im Auge hat, so würde diese Annahme den weiteren Ausführungen widersprechen: denn bei der a. ex stipulatu fallen die Retentionen weg[4]) oder müßte die stipulatio so gefaßt werden, daß sie die Retentionen nicht ausschließt. Dabei aber wird das Dasein der retentiones vorausgesetzt und ihre Entstehung, um welche es sich hier handelt, nicht erklärt.

---

[1]) Denn in Rom wurde die Toga nur von Männern und ... Prostituierten getragen, s. Horat. Serm. I, 2, 63. 80. — [2]) Czyhlarz Dotalrecht, 319. — [3]) Czyhlarz l. c. 47. — [4]) Czyhlarz, 372.

Die — übrigens widerlegte — Ansicht Dernburgs,[1]) wonach die Frau Sch., welche sie ihrem Manne machte, mit der a. rei uxoriae „noch außer der Dos“ zurückzufordern berechtigt war, weist auch Verf. entschieden zurück, indem er meint, daß „sie nur für die aus der Dos gemachten Geschenke richtig ist“ (!) S. 161, „die Dotalklage habe nur die Dos zum Gegenstande“, S. 224. Dabei übersieht er aber, daß die Frau (und der Gewalthaber der Frau) durante matrimonio nicht über ihre Dos verfügen konnte, geschweige denn sie dem Manne, welcher schon ohnedem alle Rechte an der Dos besaß, — schenken.[2]) Eine solche Sch. wäre nur in Form eines Verzichtes auf die eventuelle a. rei ux. denkbar und würde in diesem Fall mit dem feststehenden Satze kollidieren, wonach durch diese Verabredungen der Ehegatten (resp. anderer Beteiligten) die dotalrechtliche Stellung der Frau nicht verschlechtert werden kann.[3]) Und dieser Fall würde vorliegen, wenn ein pactum de non petendo abgeschlossen, oder eine permutatio dotis, wodurch letztere zu Ungunsten der Frau verringert wurde, vollzogen wären. Die pacta de lucranda dote — soweit überhaupt zulässig — wurden aber nicht als Sch. angesehen und behandelt,[4]) scheiden also aus der Betrachtung aus. Mit anderen Worten: eine Sch. der Ehefrau an den Ehemann aus dem Dotalvermögen ist juristisch nicht möglich.[5]) Darum ist auch unmöglich der vom Verf. S. 223 konstruierte Fall, wo der beklagte Ehemann der a. r. ux. eine Einrede der Sch. vorschützt, um das ihm Geschenkte für sich zu behalten, denn es hätte sich um eine aus der Dos gemachte Schenkung handeln müssen. Andererseits fallen die vom Ehemanne gemachten Geschenke nicht ohne weiteres der Dos zu, denn der Ehemann kann sich selbst weder schenken, noch eine Dos bestellen. Folglich sind diese Sch. bei Auflösung der Ehe nicht mit der a. rei ux. einklagbar. Wollte der Ehemann durchaus die Dos, den event. Gegenstand der Dotalklage, auf dem Wege der Sch. vergrößern, so konnte dieses Resultat nur in der Form einer permutatio dotis erreicht werden, oder es mußte der von Paulus Dig. 24, 1, 59 besprochene Tatbestand vorliegen. Es mußte also ein besonderes Rechtsgeschäft vorliegen und diese Rechtsgeschäfte als solche waren zulässig, soweit ihre causa nicht verboten war. Vom Standpunkte der vom Verf. vertretenen Ansicht mußten sie, weil wahrscheinlich als für das Eherecht nicht gefahrbringende und nicht verbotene, „beweisbar“ gewesen sein. Festzuhalten ist, daß die von der Frau an den Mann gemachten Sch. nur aus ihrem Paraphernalvermögen herrühren konnten, die Sch. an die Frau in ihr Paraphernalvermögen fielen, seltene Fälle von besonderen Tatbeständen ausgenommen (L 59 cit). Die Klagen, welche aus den mit dem Paraphernalvermögen verbundenen Rechtsverhältnissen entspringen (cf. Dig. 23, 3, 9, § 3), sowie den Fall, wo der Ehemann sich nicht im Besitze des seinerseits an die

---

[1]) Kompensation II. Auf. 152, Anm. 3. Dagegen Bechmann, Dotalrecht II, 334, Czyhlarz l. c. 353. — [2]) Czyhlarz l. c. 185, 212. Dieser Umstand ist auch Verf. nicht unbekannt, s. 222. — [3]) Czyhlarz l. c. 432, 291, Bechmann II, 227, I, 209. — [4]) Bechmann I, 207, Czyhlarz, 432. — [5]) Und speziell die d. dando, wohin die „fakt.“ Sch. notwendig gehören.

Frau Geschenkten befand, übergeht Verf. mit Schweigen. Kurz: um seine Behauptung, daß nur im Bereiche der Dotalklage die Unsicherheit der Sch. zum Vorschein kam, und in ihrer Eigenart das Aufkommen des Verbotes zu finden ist (S. 225, 226, 227), durchführen zu können, muß Verf. das ganze röm. Eherecht auf den Kopf stellen. Und daß seine unhaltbare Erklärung zusammenfällt, geht aus dem oben Gesagten mit Klarheit hervor.

Das III. Kap. „Die Oratio v. J. 206" beginnt mit einer sehr detaillierten Besprechung (237—266) verschiedener, hauptsächlich in der älteren Literatur (Duarenus u. a., zuletzt Puchta) vertretenen Meinungen, welche den Widerspruch zwischen Dig. 24, 1, 23 und Dig. 24, 1, 32, 1 durch Annahme zweier die Sch. zwischen Ehegatten betreffenden orationes zu beseitigen suchen. Diese Ansichten erweist Verf. als unhaltbar und kommt zum Ergebnis, daß es nur eine Oratio gegeben hat; eine Erklärung der Antinomie wird in Aussicht gestellt (241). Am Schlusse des Kap. (273 ff.) wendet sich Verf. der Feststellung des Inhalts der Oratio v. J. 206 zu. Da die Rekonstruktionsversuche von Richter (De oratione Antonini etc. Lipsiae 1759) und von Glück ihn nicht befriedigen, so sucht er selbständig, wenn nicht den genauen Wortlaut, so doch den Inhalt und Gedankengang der Oratio festzustellen. Im 32. Buche des Comm. ad Sabinum, aus welchem Dig. 24, 1 fr. 1, 3, 5, 7 (die Inscriptio dieses fr. ist von Holoander berichtigt) 9, 11, 13, 15, 17, 19, 21 entnommen sind, bespricht Ulpian den von der oratio vorgefundenen Rechtszustand. Bei genauerer Analyse seiner Ausführungen kann man folgende Anordnung des Stoffes bemerken: in fr. 3, § 1 bis § 9 bespricht er die personae, welche an einer donatio c. o. et ux. beteiligt sein konnten, sodann den Gegenstand der Sch. (corpora, nummi, debitores solvendo tradendo promittendo, servitutes, exceptiones); im fr. 5, § 8 bis § 17 führt er die Fälle der erlaubten Sch. zw. Eheg. an. Im fr. 5, § 18 und fr. 7 pr. wendet er sich den actiones und der Frage der Bereicherung des Beschenkten zu, welche letztere er aber hier vom prozessualen Standpunkt erörtert. Sodann geht er zu den mortis ca. don. über. Im 33. B., aus welchem der fr. 32 (Dig. 24, 1) exzerpiert ist, untersucht Ulpian, vom § 16 an, die durch die oratio bewirkten Änderungen des geltenden Rechts, wobei er demselben System folgt, wie im 32. Buche — personae § 16—22 und res — § 23 ff. Aus dieser Zusammenstellung schließt Verf., daß am Anfange des 33. B. Ulpian den Wortlaut der Oratio kommentiert hatte und dieses Kommentar *κατὰ πόδας* das notwendige Bindeglied zwischen seinen Ausführungen im 32. und 33. B. bilden mußte. In den erhaltenen § 1—15 (fr. 32) muß sich also der Gedankengang der oratio wiederspiegeln. Da der Satz „fas esse" et q. s. (§ 2) mit einem accus. c. infin. beginnt, so scheint er aus der Mitte des Textes herausgegriffen zu sein und darum hält Verf. für höchst wahrscheinlich, daß eingangs die Worte „Majores nostri" sqs (Dig. 24, 1, 3 pr.) gestanden haben, die oratio also eine Bestätigung des bestehenden Status enthielt. Schwerer läßt sich aber die Stelle der oratio, in welcher der im § 3 (fr. 32 l. t.) überlieferte Ausdruck „consumpsisse" gestanden hat, wieder-

herstellen. Da Ulpian diesen Ausdruck dahin erläutert, daß er die Abwesenheit einer Bereicherung des Beschenkten bedeutet, also dieses Wort nicht in seiner gewöhnlichen Bedeutung nimmt, so schließt Verf. aus der Notwendigkeit einer solchen Erläuterung, daß im Texte der oratio „consumpsisse" ohne Beziehung auf die Bereicherung des Beschenkten, also absolut gebraucht worden ist, also auch ohne Beziehung auf die dem Geschenkgeber nach altem Rechte freistehenden Klagen (293). Sodann erwecken die Worte Ulpians „ne is qui donationem accepit locupletior factus sit" — und weiter, si factus est et q. s." den Anschein, daß in diesem Passus der oratio die Fälle besprochen wurden, in welchen das beneficium orationis nicht Platz greifen sollte; da aber von solchen Restriktionen in den Quellen nirgends die Rede ist und sie wenig wahrscheinlich sind, glaubt Verf., daß die betreffende Stelle der oratio von der Gewährung des beneficium handelte, aber die Abwesenheit der consumptio in dem von Ulpian angegebenen Sinne voraussetzte. Das beneficium erschien in diesem Falle überflüssig, denn Sch. ohne Bereicherung des Beschenkten waren ja auch nach älterem Rechte gültig und die von Ulpian weiter besprochenen Fälle wurden nicht vorgesehen. Der betreffende Passus der oratio hätte also etwa so lauten können — nisi prior vita decesserit is qui donatum accepit, *vel consumpsisse reperiatur*, „also einen vom Standpunkte der strengen Interpretation nicht besonders glücklichen Vorbehalt darstellte (294).[1])

Da der Zusammenhang zwischen den Sätzen „majores nostri" und „fas esse" zu lose ist, um schließen zu können, daß diese Sätze sich unmittelbar aneinander reihten, so glaubt Verf., daß die Vorrede der oratio, in der die Gründe der neuen Bestimmungen dargelegt wurden, nicht vollständig überliefert ist. Er hält es für wahrscheinlich, daß der Kaiser hier auf die im Reich verbreitete Sitte, wonach die Ehegatten dem Überlebenden das bei Lebzeiten Geschenkte letztwillig vermachten, hinweist (297). Und da einerseits in den über die oratio handelnden Quellen vorwiegend

[1]) Den zweiten Satz des § 9 (Dig. 24, 1, 32) „sed et si non et q. s." hält Verf. für interpoliert. Er vergleicht diese Stelle mit Dig. 24, 1, 5, 18 und schließt aus der Übereinstimmung der Worte „eaque exstet", daß Ulpian von der vindicatio und der retentio gesprochen hat. Die Kompilatoren hätten die von Justinian abgeschaffte retentio durch compensatio ersetzt und durch Einschaltung der Worte „si is decesserit qui factus est locupletior" die condictio hereininterpoliert (S. 294 Anm.). Diese Annahme ist aber gänzlich unhaltbar. Es liegt wiederum ein sehr grober Verstoß des Verfs. gegen die elementarsten Lehren des röm. R. vor. Nie konnte die von Justinian abgeschaffte retentio ex dote ob res donatas einer *rei vindicatio* entgegengestellt werden, ein solcher Fall ist überhaupt nicht denkbar. Und doch sagt es Verf. mit dürren Worten (294, Text zur Anm.). „Nach älterem Recht (also vor 206) hatte der Beschenkte die vindicatio, wenn sein Geschenk noch existierte. Doch konnte der Erbe des Schenkers dieser vindicatio eine retentio im Betrage der konsummierten Sch. entgegenstellen!" Wenn man aber die verdächtigte Stelle mit Dig. 24, 1, 7, 2 vergleicht, so erscheint die Interpolation wenig wahrscheinlich; übrigens läßt sich diese Stelle ungezwungen interpretieren. S. Dernburg, Compensation II. Aufl., S. 185, Anm. 2.

die vom Manne gemachten Sch. vorausgesetzt werden,[1]) andererseits Ulpian in Dig. 24, 1, 32, 6 von der Regel servitus morti comparatur absieht, also die Vermutung nahegelegt wird, daß im Texte der oratio ausdrücklich die Rede vom Tode des Eheg. war, glaubt Verfasser den Gedankengang der Oratio folgenderweise wiedergeben zu können: „Majores nostri inter virum et uxorem donationes prohibuerunt, amorem honestum solis animis aestimantes, famae etiam conjunctorum consulentes, ne concordia[2]) pretio conciliari viderentur neve melior in paupertatem incideret, deterior ditior fieret. Diese Gründe sind vollkommen zutreffend, wenn die Eheg. am Leben sind, ohne Rücksicht darauf, ob die Ehe fortdauert oder aufgelöst ist; anders aber, wenn einer der Eheg. verstirbt. Täglich sehen wir, daß der Ehemann der Frau das von ihm ihr Geschenkte oder dasjenige, was für sie oder auf ihren Namen bestellt, gemacht und gekauft wurde, im Testamente vermacht. Wenn aber der Ehemann ohne Testament verstirbt, so hat die Ungültigkeit der Sch. besonders schwere Folgen für die Witwe, die nicht nur ihren Ehemann, sondern auch das Gut, welches sie bis zum Tode des Mannes behalten hätte, verliert. Darum placet, fas esse eum quidem qui donavit poenitere, heredem vero eripere, forsitan adversus voluntatem ejus qui donaverit, durum et avarum esse. Cui rei obviam ibitur, patres conscripti, si censueritis[3]), ut donationes inter virum et uxorem factae, si ei qui donaverit et in eadem voluntate usque ad ultimum diem vitae perseveraverit ante mors contigerit, quam ei qui donatum accepit, neque consumpsisse reperiatur, confirmentur; quodsi divortium post donationem intercesserit aut prior decesserit, qui donatum accepit, veteri juri stetur."[4])

Die vom Verf. vorgeschlagenen Konjekturen können, wie er es auch selbst zugibt,[5]) nur als „wahrscheinlich" gelten. Aus der lückenhaften und spärlichen Überlieferung läßt sich nichts sichereres entnehmen. Sehr zweifelhaft aber ist es, ob aus diesen Konjekturen sich irgend welche sicheren Schlüsse für die Lehre von den Sch. zw. Eheg. ziehen lassen.

Die dogmengeschichtlichen Untersuchungen, welche den überaus größeren Teil des Bandes ausfüllen, sind fleißig und ausführlich bearbeitet, sogar so ausführlich, daß das Überwuchern des Details ihre Übersichtlichkeit beeinträchtigt, denn um Wiederholungen zu vermeiden, ist Verf. ge-

---

[1]) Verf. führt an Vat. Fr. 276, Dig. 24, 1 : 23, 32, § 1, 3, 5—8, 10, 15, 17, Cod. 5, 16, 1 und 2, u. a., und betont das „uxoris causa comparatum", welches eine feststehende Formel für diejenigen Vermächtnisse an die Frau war, die das ihr vom Manne bei Lebzeiten Geschenkte zum Gegenstande hatten. — [2]) Verf. macht darauf S. 299 aufmerksam, daß concordia hier ein nominativus pluralis ist. Die Wortform „concordium" findet sich noch im Dig. 23, 4, 27 (Papinianus), an dieser Stelle aber (Dig. 24, 1, 3 pr.) wurde sie bisher übersehen. Leipold (Die Sprache des Juristen A. Papinianus, Passau 1891) hält „concordia" in Dig. 23, 4, 27 für einen Schreibfehler, was wenig wahrscheinlich ist. Verf. hält diese Wortform für einen Afrikanismus (299). Jetzt ist zu vergleichen das Vocabularium Jur. Rom. sub h. v. — [3]) Diese Formel entnimmt Verf. den Vat. Fr. § 158, wo sie auch in einer oratio des Severus vorkommt. — [4]) Den Rest der oratio rekonstruiert Verf. in Anlehnung an Dig. 24, 1, 32, § 14, § 1 eod. und einige andere Stellen. — [5]) 297, 298, 301 u. a.

zwungen, manche Ansichten stückweise vorzutragen und zu kritisieren.[1]) An manchen Stellen hat aber der Leser das Gefühl, daß Verf. nicht nur die Theorien kritisiert, sondern, wie Minos im Schattenreiche, auch über deren Schöpfer Gericht hält. Mit peinlichster Sorgfalt werden Druckfehler[2]) und ungenaue Redewendungen[3]) hervorgehoben; Vermutungen über Entlehnungen aus Vorgängern „ohne Angabe der Quellen" aufgestellt.[4]) Ohne Erbarmen geißelt Verf. die „unwissenschaftliche" Unkenntnis der doch so öden, älteren Literatur und vollends schwindet die wissenschaftliche Ruhe, wenn er mit einer Anklage gegen die „Plagiatoren" vorgeht.

Doch eine Dogmengeschichte, mag sie auch noch so ausführlich sein, enthält keine Förderung der Lehre. Es ist zu bedauern, daß Verf. aus seiner Lektüre zu wenig Belehrung geschöpft hat, denn seine selbständigen Ansichten und Ausführungen, voll arger Verstöße gegen Axiomen des röm. Rechts, können einen wissenschaftlichen Wert nicht beanspruchen.

Juli 1903 (Leipzig). Baron A. Nolde, St. Petersburg.

Roberto de Ruggiero, J papiri Greci e la „stipulatio duplae", estratto dal Bullettino dell' Istituto di Diritto Romano Anno XIV (1901) fasc. 2. 31 S. 8°.

Ein Kaufkontrakt aus dem Jahre 454 n. Chr., gefunden von Gayet im Winter 1899/1900 in Antinoe und zum ersten Male veröffentlicht von Seymour de Ricci in Wessely's Studien zur Palaeographie und Papyruskunde, wird reproduziert und gibt Anlaß zu interessanten Ausführungen. (Zu vergleichen ist über die Urkunde noch Wilcken Archiv f. Pap. II 142). Wenn der Käuferin das Recht eingeräumt wird *κρατεῖν καὶ κυριεύειν καὶ δεσποτεύειν τοῦ πραθέντος ἡμίσους μέρους οἰκίας*, so ist unter *κρατεῖν* nicht mit Verf. das ius utendi fruendi zu verstehn. Dieses wird griechisch mit *χρῆσθαι, χρῆσις* (Petit. Dionys. 8, 35), *χρῆσις καὶ ἐπικαρπία* (Mod. l. 34 § 7 D. de leg. II) bezeichnet. *Κρατεῖν* bedeutet vielmehr possidere, wie ja auch Verkäufer erklärt, Besitz und Eigentum übertragen zu haben: *οὗ (μέρους οἰκίας) τὴν νομὴν καὶ τὴν δεσποτείαν ἐντεῦθέν σοι παραδέδωκα.* Vgl. z. B. BGU 282, 33 und Mitteis Arch. f. Pap. I 188, 1. Richtig aber ist Verf.'s Erklärung der Ausdrücke *παραπέμπειν ἐπὶ κληρονόμους καὶ διαδόχους καὶ διακατόχους*. Die Verbindung *κληρονόμοι καὶ διάδοχοι* wird in zahlreichen Gesetzen Justinians, die entsprechende „heredes et successores" in vielen Erlassen späterer Kaiser nachgewiesen und mit Benutzung der Interpretatio zu l. 7 Cod. Theod. de matern. bon. 8, 18 und einiger Stellen des Codex Justinianus wahrscheinlich gemacht, daß nach

---

[1]) Z. B. 85, 137, 167 u. a. — [2]) Z. B. 71, 74, 83 u. a. — [3]) Z. B. 84, Anm. 129, Anm. 2, 251. Doch nicht immer tadelt Verf. — so z. B. nimmt er Noodt in Schutz vor „den Insekten der Wissenschaft, welche nur von Fehlern großer Geister leben", S. 271. — [4]) Z. B. 71, 84, 88, Anm. u. a.

dem Sprachgebrauch jener Zeit unter heredes (κληρονόμοι) die testamentarischen Erben, unter successores (διάδοχοι) die Intestaterben zu verstehen sind. Zwar könnte man bei successores auch an Erbschaftscessionare, Universalfideikommissare, Adoptivväter oder sonstige Universalsuccessoren denken. Aber tatsächlich ist successio in den justinianischen Partien der Institutionen fast Kunstausdruck für Intestaterbfolge, und der von Ferrini in seiner letzten Arbeit (Bull. dell'. Ist. 14, 217) aufgezeigte Tribonianismus adgnovisse successionem l. 14, D. 37, 1 (doch vgl. l. 88, D. 29, 2) für petiisse bon. possessionem erhält in diesem Zusammenhange neue Beleuchtung. Unter den διακάτοχοι, die den κληρονόμοι und διάδοχοι als dritte Kategorie hinzugefügt sind, haben wir dann die bonorum possessores zu verstehen. Διακατοχή ist bei den Juristen der justinianischen Zeit und späteren der griechische Ausdruck für die prätorische bon. possessio (Zachariae v. Lingenthal, Gesch. d. griech.-röm. Rechts 3. Aufl. p. 193 N. 615), während ursprünglich das Wort wohl den Pfandbesitz bezeichnet (Ephesisches Gesetz vom Jahre 87 v. Chr. Waddington-Le Bas Jnscr. d' Asie min. Nr. 136a, Dittenberger Sylloge Nr. 253, Jnscr. Jurid. Grecq. I p. 22 fg. l. 59. Zweifelhaft ist die Bedeutung von diacatochia c. Th. 5, 13, 30 = Just. 11, 59 (58), 7, 2 und diacatochus c. Th. 10, 16, 1. Vgl. noch Bekker Anecdota I 214. Muller Archiv f. Pap. I 438, 4. Naber ebenda III 13).

Der Schwerpunkt der Erörterungen Verf.'s ruht indessen in dem, was er über die Garantieverpflichtung des Verkäufers wegen Mangels im Recht ausführt. Nicht allein die Erstattung des doppelten Kaufpreises wird dem Käufer im Falle der Entwehrung zugesichert, sondern auch der doppelten ἀναλώματα und δαπανήματα, d. h. wahrscheinlich der Verwendungen auf die Sache und der Prozeßunkosten. Auf andern Papyri, z. B. BGU I 193, übernimmt Verkäufer auch die Haftung wegen βλάβη des Käufers, was genau den damna in l. 17 C. de evict. 8, 44 entspricht. Eine solche Verpflichtung des Verkäufers ist den Pandektenjuristen doch nicht so völlig fremd, wie Verf. meint. Erinnert sei an Mod. l. 102 D. d. V. O. 45. 1: venditores emptori caverunt pro evictione, quanti eius interesset, sed et specialiter adgnituros, si in lite mota sumptus fecisset, emptori stipulanti promiserant, und Scaev. l. 15 D. de doli mali ens. 44, 4: iudicem autem aestimaturum, ut pro damnis emptori satisfiat, welchen Satz allerdings Appleton (Histoire de la compensation p. 375) für interpoliert hält. Freilich finden wir an keiner der beiden Stellen eine Spur des doppelten Ersatzes der Aufwendungen und Schäden; aber das ist unerheblich. Dagegen scheint mir durch die Worte der ersten Stelle: „sed et *specialiter* adgnituros .. stipulanti promiserant", die Frage, ob die Ediktsformel der stipulatio duplae auf die Verwendungen und Prozeßkosten ausgedehnt war, die Verf. offen läßt, im negativen Sinne entschieden zu sein. Wie kam man also in späterer Zeit dazu, die Verpflichtung zu doppelter Erstattung der Verwendungen und Schäden in die stipulatio duplae aufzunehmen? Das sei, wie Verf. nachzuweisen sucht, geschehen, als man mit der actio empti vom Verkäufer im Falle der Entwehrung das Interesse (Schadenersatz wegen Nicht-

erfüllung!), also eventuell dasselbe oder womöglich noch mehr, als durch die actio ex stipulatu (duplae) erlangen konnte und demgemäß der Unterschied zwischen actio empti und actio ex stipulatu sich immer mehr verwischte (Girard, Manuel[3] p. 553). Da habe sich denn der Verkäufer bequemen müssen, in der stipulatio duplae auch die Verpflichtung zur Erstattung der impensae und damna zu übernehmen, und hierfür sei unsere Urkunde ein interessantes Zeugnis. Es sei dann freilich dahingekommen, daß der Käufer im Falle der Entwehrung oft mehr als das Doppelte des gezahlten Kaufpreises erhalten habe. Solchem Abusus habe Justinian mit der berühmten l. un. C. 7, 47 entgegentreten wollen, auf Grund deren dann die Worte l. 44 D. de A. E. U. 19, 1: „et non ultra duplum periculum subire eum oportet“ interpoliert seien, wie zuerst Girard Manuel[2] p. 546 N. 2 (3. Aufl. p. 554) vermutet habe (übrigens schon vor ihm Lenel Palingenesia African. 96).

B. Kübler.

Hans Stockar, Über den Entzug der väterlichen Gewalt im römischen Recht. Eine Widerlegung der herrschenden Lehre. Zürich, Schultheß & Co. 1903. 68 S. 8°.

Zweck der gründlichen, durch ausgedehnte Literaturbenutzung ausgezeichneten Abhandlung ist es, die allgemein verbreitete Ansicht zu bekämpfen, „daß nach römischem Recht in gewissen Fällen wegen Mißbrauchs der väterlichen Rechte, wegen Nichterfüllung der elterlichen Pflichten der Vater eine Einschränkung oder einen Verlust der patria potestas erleidet“. Die patria potestas sei, so führt Verf. aus, eine rein privatrechtliche Herrschaftsbefugnis über das Kind, ein Privatrecht, über welches nur der Berechtigte disponieren kann; nur der Wille des Vaters könne über die Beendigung der väterlichen Gewalt entscheiden, und nie, auch nicht auf der letzten Stufe seiner Entwickelung, habe das römische Recht dieses Prinzip aufgegeben. Zwar sei in der Kaiserzeit der Umfang der väterlichen Gewalt eingeschränkt worden; aber eine Verwirkung derselben habe es nie gegeben. In dem einzigen Falle, wo dem Vater wegen seiner Lieblosigkeit gegen sein Kind die Gewalt entzogen wird (l. 5 D. si a parente 37, 12), werde dieser zur Emanzipation gezwungen: divus Traianus filium, quem pater male contra pietatem adficiebat, coegit emancipare. Also nicht ipso iure werde das Kind gewaltfrei, sondern durch, wenn auch erzwungenen, Willensakt des Vaters. Wenn Justinian in zwei Ausnahmsfällen das Prinzip durchbrochen habe, indem er den Bischof und den Patrizius mit ihrer Ernennung ipso iure gewaltfrei werden ließ, so sei er dazu durch politische Rücksichten, nicht durch rechtliche Erwägungen veranlaßt worden. Die Befreiung der vestalischen Jungfrau und des flamen Dialis aus der Gewalt des Vaters sei damit nicht auf eine Linie zu stellen und anders zu erklären.

Die Richtigkeit dieser Sätze scheint uns Verf. dargetan zu haben, wennschon wir mit seiner Beweisführung nicht überall einverstanden sind.

Zwar stimmen wir ihm darin bei, daß sich aus Nov. 12, cap. 2 nicht folgern läßt, daß durch Eingehen einer inzestuosen Ehe das Recht der väterlichen Gewalt über die Kinder erster Ehe verloren wird, ebensowenig wie aus l. 2 C. de infant. expos. 8, 51 (52) hervorgeht, daß das ausgegesetzte Kind von der väterlichen Gewalt frei wird. In beiden Fällen ist vielmehr der Untergang der patria potestas die Folge der mit der Strafe verbundenen capitis deminutio media oder maxima. Aber schwere Bedenken haben wir gegen Verf.'s Behandlung des Zwölftafelsatzes „si pater filium ter venum duuit, filius a patre liber esto", und für ganz verfehlt halten wir seine Erklärung der l. 6 C. de spectaculis 11, 41.

Der Zwölftafelsatz wird von den meisten Rechtshistorikern als Strafbestimmung angesehen. Verf. sucht diese Auffassung in ausführlichen Darlegungen mit vielen Gründen als falsch zu erweisen. Es ist hier nicht möglich, ihm auf allen seinen Gängen zu folgen, und wir beschränken uns auf wenige Bemerkungen. Wie die Manzipation des Haussohnes juristisch zu konstruieren sei, darüber können höchstens Vermutungen aufgestellt werden, weil die Institution von den klassischen Juristen, zu deren Zeit sie nur noch den Zwecken der Emanzipation und Adoption diente, theoretisch nicht erörtert worden ist. Das aber ist wohl sicher, und darin stimme ich Verf. bei, daß mit der Manzipation die väterliche Gewalt erlischt. Das ergibt sich mit zwingender Notwendigkeit schon aus der cap. deminutio, die der Sohn erleidet. Wie haben wir es also zu erklären, daß sie wieder auflebt in dem Augenblick, wo der manzipierte Sohn aus dem Mancipium befreit wird? Gewiß nicht nach Analogie des Usus fructus, der sich mit dem Eigentum beim Tode des Nießbrauchsberechtigten konsolidiert. Diese Ansicht, die Danz und Karlowa vertreten, hat Verf. sehr gut widerlegt. Aber wohl ist das Rechtsverhältnis, das zwischen dem natürlichen Vater und dem Sohne in mancipio besteht, zu vergleichen mit dem des Vaters zum Sohne, der sich in Gefangenschaft befindet (Mommsen, Staatsr. III, 46), oder dem des Eigentümers zum tignum iunctum. In letzterem Fall nimmt Pernice formales Eigentum des Verbauers an, und er vergleicht damit das Eigentum des Ehemanns an der Dos oder des Pfandgläubigers an der Fiducia. Hier haben wir also eine ganze Reihe untereinander nahe verwandter Rechtsverhältnisse, die zur Aufklärung des mancipium dienen können. Kehrt der gefangene Sohn aus der Gefangenschaft zurück, so ist er nicht sui iuris, sondern recidit in patriam potestatem. Wird der verbaute Balken aus der Verbindung gelöst, so lebt das Eigentumsrecht des ursprünglichen dominus wieder auf. Ganz ebenso erlangt der Vater die potestas über seinen manzipierten Sohn wieder, sobald dieser aus dem Mancipium befreit wird. Ursprünglich konnte sich dieser Vorgang unzählige Male wiederholen, so oft der Vater den Sohn manzipierte. Wenn die Zwölftafelgesetzgebung bestimmte, daß nach der dritten Manzipation das väterliche Recht definitiv beendigt sein sollte, so werden wir darin doch wohl eine Strafbestimmung sehen müssen, die den Zweck verfolgte, gewissenlose Ausbeutung eines Rechtsinstitutes zu verhüten. Trotzdem dient auch bei dieser Auffassung der Zwölftafelsatz nicht zur Stütze der

Ansicht, daß das Recht der väterlichen Gewalt in gewissen Fällen nach der Rechtsordnung (ipso iure) verwirkt worden sei. Denn der Vater, der den Sohn zum dritten Male manzipiert, ist ja über die Folgen seiner Handlungsweise nicht im Unklaren; er endigt selbst freiwillig durch Willensakt seine Gewalt über den Sohn, gerade so wie derjenige, der zur Verbauung des Balkens seine Zustimmung gibt, das Eigentum daran definitiv verliert. Um nämlich jedem Mißverständnis vorzubeugen, sei darauf hingewiesen, daß nur das tatsächliche Verhältnis des mancipium mit der Rechtslage des Gefangenen, des tignum iunctum usw. verglichen werden darf; die Entstehung dieser Rechtsverhältnisse ist eine verschiedene. Die Hingabe ins mancipium erfordert die Zustimmung des bisherigen Gewalthabers, während sie bei den übrigen hiermit verglichenen Verhältnissen nicht notwendig oder, wie beim tignum iunctum, geradezu ausgeschlossen ist. Daher kann denn bei der Manzipation die Zahl solcher Willenserklärungen gesetzlich beschränkt werden, während bei den übrigen Rechtsverhältnissen Gewalt oder Eigentum niemals ganz erlöschen, mögen sie auch noch so oft unterbrochen worden sein. Mit der Meinung Verf.'s, der in dem Zwölftafelsatze eine Erweiterung der väterlichen Gewalt sieht, da diese vorher konsequenterweise schon nach der ersten Manzipation geendigt habe, kann ich mich nicht befreunden. Sie steht im Widerspruch mit seiner Lehre von der Unzerstörbarkeit der väterlichen Gewalt. Wenn der Sohn nach der ersten Manzipation frei geworden wäre, wozu hätte es dann zur Emanzipation und Adoption des Umweges der dreimaligen Manzipation bedurft? Bevor der Zwölftafelsatz entstand, war die Adoption eines in der väterlichen Gewalt befindlichen überhaupt nicht möglich, nicht einmal in den Komitien mit Zustimmung des Volkes. So fest war dies Familienband, daß eine Lösung gänzlich ausgeschlossen war! Erst der Satz der vierten Tafel, der freilich nach Dionys II, 27 aus dem Königsgesetze übernommen war und schon von Romulus stammt, eröffnete den findigen Auslegern des römischen Grundgesetzes die Möglichkeit, den Sohn schon bei Lebzeiten des Vaters aus der Gewalt zu befreien, der beste Beweis dafür, daß jener Satz nicht zur Erweiterung, sondern zur Beschränkung der patria potestas erlassen ist.

Nun wenden wir uns zur l. 6 C. de spectaculis 11, 41 = l. 2 C. Theod. de lenon. 15. 8. Verf. übersetzt folgendermaßen:

Lenones patres et dominos, qui suis filiabus vel ancillis peccandi necessitatem imponunt, nec iure frui dominii nec tanti criminis patimur libertate gaudere. Igitur tali placet eos indignatione subduci, ne potestatis iure frui valeant neve quid eis ita possit adquiri. sed ancillis filiabusque, si velint, conductisve pro paupertate personis, quas sors damnavit humilior, episcoporum liceat, iudicum etiam defensorumve implo-

Bordellhalter, welche ihre Töchter und Sklavinnen zur Unzucht nötigen, sollen nicht nur ihr Herrschaftsrecht verlieren, sondern auch wegen eines so großen Verbrechens nicht frei ausgehen (oder die Freiheit verlieren). Sie sollen also wegen einer in solchem Maße die Entrüstung erregenden Tat weggeführt (in exilium) werden und ihr Herrschaftsrecht verlieren und nichts auf solche Weise erwerben

rato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi, ita ut, si insistendum eis lenones esse crediderint vel peccandi ingerant necessitatem invitis, non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii metallis addicendi publicis: quae minor poena est, quam si praecepto lenonis cogatur quispiam coitionis sordes ferre, quas nolit.

können. Die Sklavinnen und Töchter aber können, wenn sie wollen, sowie die wegen ihrer Armut gemieteten Personen, welche ein unglückliches Geschick hierzu verdammt hat, durch die Hülfe der Bischöfe, Statthalter und Defensoren, nachdem sie diese angefleht haben, von ihrem elenden Zustande erlöst werden auf die Weise, daß Bordellwirte, wenn sie etwa geglaubt haben, sie können sie bedrängen, oder sie gar zur Unzucht zwingen gegen ihren Willen, nicht nur die bisherige Gewalt verlieren, sondern auch mit der Strafe der Verbannung belegt und in die öffentlichen Bergwerke getan werden. Diese Strafe ist gelinder, als wenn eine Frauensperson auf Befehl eines Hurenwirtes zu niederträchtigen Umarmungen gezwungen wird.

Die durch Sperrdruck hervorgehobenen Stellen der Übersetzung halten wir für fehlerhaft. Die schwersten Verstöße liegen in dem Verkennen der Abhängigkeit des Genetivs tanti criminis von libertate und des Ablativs tali indignatione von subduci. Beide Male übersetzt Verf. mit „wegen", was unmöglich ist. An der ersten Stelle muß es heißen: „wir wollen nicht, daß sie sich der Freiheit eines solchen Verbrechens (d. h. ein solches Verbrechen zu begehen) erfreuen"; damit ist die Erwähnung der Freiheitsstrafe aus diesem Zusammenhang beseitigt. An der zweiten Stelle ist indignatione Ablativus separationis. Zwar steht subducere gewöhnlich mit dem Dativ oder auch mit de, wie de iudicio l. 14 pr. D. fam. erc. 10, 2 oder de potestate l. 28 § 1 D. de lib. et post. 28, 2. Es kommt aber auch der Ablativus vor, z. B. subduci poena l 3 § 5 D. d. I. F. 49, 14. Vgl. Forcellini s. v. subducere. An unserer Stelle heißt es also: „sie sollen von so empörender Handlungsweise entfernt werden", subducere ist mithin gebraucht im Sinne von arcere, abstinere, prohibere. Damit ist auch die Deportation aus dem ersten Teile der Konstitution glücklich wieder herausgeschafft. Freiheitstrafe und Deportation hat Verf. durch falsche Übersetzung in den Anfang des Gesetzes fälschlich hinein interpretiert, indem er mit vorgefaßter Meinung an die Auslegung heranging und sich damit den Weg zum richtigen Verständnis verbaute. Nachdem wir nun die Hindernisse wieder beseitigt und uns für die Erklärung des Gesetzes freie Bahn geschaffen haben, sehen wir, daß in dem Gesetze, wie auch bisher angenommen wurde, zwei Tatbestände vorgesehen und dementsprechend zwei Strafen angeordnet sind. 1. Wer eine seiner Gewalt unterworfene Person zur Unzucht nötigt, verliert die Gewalt. 2. Läßt er trotzdem nicht

ab, mit Zwangsmitteln auf die betreffende Person einzuwirken, so wird er verbannt und zur Zwangsarbeit verurteilt. Daß diese Auffassung die richtige ist, wird durch die Worte non amittant solum eam quam habuerant potestatem, sed proscripti poenae mancipentur exilii etc. und durch insistendum bewiesen. Denn wenn Verf. insistendum mit „bedrängen" übersetzt, so wird er dem Sinn der kaiserlichen Verordnung nicht gerecht. Insistere heißt hier „noch weiter zusetzen", vgl. Tac. Ann. 2, 62 utque fracto iam Maroboduo usque in exitium insisteretur, wie es anderwärts in ähnlicher Bedeutung wie perseverare gebraucht wird, z. B. C. Th. 16, 4, 2 insistere motu pestiferae perseverationis. Bartolus paraphrasiert also ganz richtig: qui si in id insistant.

Unsere mit der herrschenden Lehre im Einklang stehende Erklärung der Konstitution wird auch durch die Basiliken bestätigt, die Verf. unbegreiflicherweise zu gunsten seiner Auslegung anführt, freilich nur in der lateinischen Übersetzung. Aber im griechischen Original steht ganz unzweideutig 60, 38, 1: *εἰ δὲ πρὸς τοῦτο ἀντιστῇ ὁ πατηρ ἢ ὁ δεσπότης, πρὸς τῇ ὑπεξουσιότητι καὶ δήμευσιν καὶ ἐξορίαν εἰς μέταλλον ὑπομένουσιν.* Somit ist in unserem Erlasse der Verlust der väterlichen Gewalt nicht, wie Verf. annimmt, die Folge der Bergwerkstrafe; er tritt vielmehr unabhängig davon ein. Trotz alledem bleibt auch hier dem Verf. eine Hintertür offen. Mit keinem Worte ist nämlich in der Konstitution angedeutet, auf welche Weise der Untergang der patria potestas herbeigeführt wird, ob ipso iure oder durch Zwangsemanzipation. Das letztere scheint aber gemeint zu sein; wenigstens ist es am einfachsten, hierauf die Worte zu beziehen: episcoporum, iudicum etiam defensorumve implorato suffragio omni miseriarum necessitate absolvi. So faßte schon Donellus die Stelle auf, nur daß er sich, wie ihm Verf. treffend vorhält, das Verfahren der Zwangsemanzipation falsch vorstellte. Durch bloßes Dekret des Statthalters, wie Donellus wollte, konnte damals allerdings die Emanzipation noch nicht herbeigeführt werden. Die dreimalige Manzipation war unerläßlich. Hierzu aber konnten den kupplerischen Vater auch Defensor und Bischof auf Ansuchen der bedrohten Tochter nötigen, der Bischof vielleicht schon durch Kirchenbußen, Bischof und Defensor aber durch Drohung der Anzeige beim Statthalter im Falle der Weigerung des Vaters; denn dann lag der Tatbestand des „insistere" vor, und der Vater hatte die Bergwerksstrafe zu gewärtigen.

So lassen sich denn Fälle, in denen die patria potestas ipso iure erlosch, tatsächlich nicht nachweisen. Wenn aber der Vater zur Emanzipation genötigt werden konnte, so kommt das im Erfolg auf dasselbe hinaus. Auch der römische Magistratus war unabsetzbar; er konnte aber zur Niederlegung des Amtes gezwungen werden; man denke an den Catilinarier Lentulus. Ist es nicht Prinzipienreiterei, in solchen Formalien das Wesen der Sache zu sehen? Für das gemeine Recht ist, wie mir scheint, seitdem die Emancipatio Anastasiana und Iustiniana eingeführt ist, der Unterschied nicht mehr von wesentlicher Bedeutung, und so mag es wohl zu entschuldigen sein, wenn z. B. Windscheid schreibt (§ 525): von

selbst hört (nicht „hörte") die väterliche Gewalt auf zur Strafe des Vaters . . . . wegen Verkuppelung der Tochter.

B. Kübler.

V. Chauvin, La constitution du Code Théodosien sur les agri deserti et le Droit arabe. Mons, Inprimerie Dequesne-Masquilliers & fils, 1900. Extrait des „Mémoires et Publications de la Société des Sciences, des Arts et des Lettres du Hainaut" p. 245—288 8°.

In einem Erlaß der Kaiser Valentinian, Theodosius und Arcadius (C. Th. 5, 15, 12 = Just. 11, 29, 8) wird bestimmt, daß der Eigentümer eines ager desertus sein Recht, sowohl Besitz wie Eigentum verliert, wenn ein anderer den Acker bebaue und der Eigentümer nicht innerhalb zweier Jahre sein Recht geltend mache. Im letzteren Falle habe er dem Bebauer die Verwendungen zu ersetzen.

Dieser Erlaß, der von His, Schulten, Beaudouin, Mitteis und anderen in seinen agrarhistorischen Zusammenhang gestellt worden ist, macht juristische Schwierigkeiten. Wenn der ursprüngliche Eigentümer sein Recht verliert, so erwirbt offenbar der Bebauer das Eigentum, obwohl das in dem Erlaß nicht ausdrücklich gesagt wird. Aber was für eine Eigentumserwerbsart liegt hier vor? Okkupation scheint ausgeschlossen zu sein, da keine Dereliktion stattgefunden hat; denn wer seinen Acker unbebaut liegen läßt, gibt deshalb sein Recht daran noch nicht auf. Ebensowenig ist an Usukapion zu denken, denn es fehlt dem Bebauer der Titel und der gute Glaube. So sagt denn Czylharz (Eigentumserwerbsarten p. 98): „Die durch ein biennium fortgesetzte Kultur bildet seinen Erwerbsgrund, so daß dieser Erwerb einerseits mit der Spezifikation, andrerseits mit der Ersitzung verwandt ist". Andere, wie Windscheid und Girard, sprechen von Erwerb durch Gesetz. Man mag über diese Auffassungen denken, wie man will, jedenfalls steht ein solcher Erwerbsgrund im römischen Recht ganz einzig da.

Verf. weist nun darauf hin, daß nach dem Rechte mehrerer Völker, besonders aber der Araber, das Eigentum am Grund und Boden durch Kultur erworben werde. Nach moslemischem Rechte unterscheide man zwei Arten von terres mortes, solche, die seit unvordenklicher Zeit niemals bebaut waren, und solche, die, nachdem sie in Kultur genommen waren, wieder verlassen wurden. Von der zweiten Art gibt es zwei Unterarten, je nachdem die Ländereien schon vor Beginn der muhammedanischen Aera verödet waren oder erst nachher verlassen wurden. Streitig sei, ob das Eigentum durch die bloße Tatsache der Bebauung erworben werde, oder ob die Genehmigung des Kalifen erforderlich sei. Die Rechtsgelehrten neigten sich der letzteren Ansicht zu, im Gegensatz jedoch zu Mohammed. Besitzergreifung von Ödland sei unwirksam, wenn das in Besitz genommene Land nicht innerhalb dreier Jahre bebaut werde; ebenso werde

kultiviertes Land verloren, wenn der Eigentümer es drei Jahre lang ungenutzt liegen lasse.

Diese Rechtssätze, die in den mohammedanischen Ländern noch in Geltung seien, stammten aus vorislamitischer Zeit. Von den Arabern seien sie zu den Spaniern gebracht worden, ebenso wie sie auch von andern christlichen Völkern mit dem Joch des Islam übernommen seien; sie fänden sich z. B. im Nomocanon des Gregor Albufaradje Barhebraeus. Auf diese Tatsachen gründet Verf. die Vermutung, daß in dem Erlaß über die agri deserti, der, wie er besonders hervorhebt, an den praefectus praetorio Orientis gerichtet ist, eine Konzession gemacht werde an provinzielles (Gewohnheits?) Recht, welches in seinem Bestande geschützt werde; nicht unbedingt, denn nach dem arabischen Recht erwerbe der Bebauer das Eigentum am Grundstücke sofort mit der Kultivierung, in den Erlaß aber sei, vermutlich durch den Einfluß der Kronjuristen, denen natürlich das Festhalten an den alten Sätzen des römischen Rechts wichtiger gewesen sei, als die Aufstellung zweckmäßiger, wirtschaftlich nützlich wirkender Verwaltungsregeln, die römische Usukapionsfrist von zwei Jahren hineingebracht und auf ein provinzielles Institut künstlich aufgepfropft worden.

Verf. besitzt in hohem Maße die Gabe der Überredung und weiß mit seiner anmutigen Darstellung die Leser für sich einzunehmen. Doch können wir einige Zweifel nicht unterdrücken. Zum ersten: dürfen wir aus dem heutigen moslemischen Recht mit voller Sicherheit auf vorislamitisches Recht schließen? Verf. bemerkt selbst, daß sich im syrisch-römischen Recht von Eigentumserwerb durch Anbau nichts findet. Zum zweiten: handelt es sich im moslemischen Recht wirklich um Eigentum? nicht etwa um Besitz oder Nutzungsrecht, wie am römischen ager publicus oder am ager provincialis? oder um Erbpacht? Wäre letzeres der Fall, so hätten wir, wie bekannt, im griechischen Recht schon genügendes Material zur Erklärung der Konstitution und brauchten nicht erst die moslemischen Rechtsquellen zu durchforschen. Endlich zum dritten: ist es ganz sicher, daß mit dem Worte „dominus" in dem Erlaß der Eigentümer bezeichnet wird? Dafür spricht allerdings der Ausdruck „omni possessionis et dominii carebit iure" am Schluß, und dafür haben sich die meisten Ausleger entschieden (vgl. Czylharz a. a. O. p. 96, N. 48); es hat aber doch auch an Zweiflern nicht gefehlt, und denkbar wäre es immerhin, daß hier nur das ius perpetuum gemeint sei. Sei dem, wie ihm wolle, verdienstlich bleibt der Aufsatz Verf.'s immerhin; nur hätte er sich auch um die agrarhistorischen Arbeiten der letzten Jahre, die namentlich an die großen Inschriften von Afrika anknüpfen, kümmern sollen. (Die Untersuchung von Mitteis über die Geschichte der Erbpacht erschien erst nach dem hier besprochenen Aufsatz.) Seine Beziehung des Gesetzes des Pertinax, von dem Herodian 2, 4, 6 berichtet, auf den ager publicus halten wir für verfehlt, schon wegen der Worte Herodians: *εἰ καὶ βασιλέως κτῆμα εἴη*. Richtig dagegen sieht er abweichend von andern Erklärern in den Worten „longe positos — in finitimis" einen Gegensatz. Zur Erläuterung kann dienen,

was in C. Th. 5, 13, 30 = Just. 11, 58, 7 gesagt ist: illud speciali observantia procurans, ut primum vicinas et in eodem territorio sortiatur; dehinc si neque finitimas neque in iisdem locis repererit constitutas, tunc demum etiam longius positas . . suscipiat.

B. Kübler.

N. Ἐλευθεριάδου δ. ν, δικηγόρου Ἡ ἀκίνητος ἰδιοκτησία ἐν Τουρκίᾳ. 224 S. 8. Athen 1903.

Der Gegenstand der vorliegenden Schrift ist ein dem Programm dieser Zeitschrift scheinbar sehr fernliegender, nämlich das in der Türkei geltende Eigentumsrecht an Immobilien; aber die Darstellung dieses Instituts, welches ohne Zweifel einen der eigenartigsten und schwierigsten Gegenstände des türkischen Rechts bildet, bietet dem Verf. Gelegenheit zu einigen auch für die römische und byzantinische Rechtsgeschichte belangreichen Exkursen und enthält stellenweise sehr anregende rechtsvergleichende Mitteilungen. Mit Klarheit und wissenschaftlichem Geschick behandelt der Verfasser sein Thema, indem er sich hauptsächlich mit den Stiftungen (Wakf) beschäftigt, welche im türkischen Eigentumsrecht eine sehr bedeutende Rolle spielen, und welche den Hauptinhalt der vorliegenden Abhandlung bilden.

Wir beabsichtigen nicht eine eingehende Besprechung des Werkes, sondern wollen uns einerseits auf die Beschreibung eines merkwürdigen Anklangs an die römische in jure cessio, der im türkischen Recht vorkommt, andrerseits auf die Erklärung einiger Rechtsquellen beschränken.

1. Die Immobilien zerfallen nach türkischem Recht in drei Arten: private, öffentliche und Stiftungen (einen guten Überblick über die auf letztere bezüglichen Rechtsbestimmungen findet man bei Sachau, Mohammedanisches Recht, S. 599f). Die Entstehung der Stiftungen durch eine Handlung unter Lebenden geschieht folgendermaßen (s. S. 35f.): Der Eigentümer eines Grundstücks erklärt vor Zeugen, daß er dasselbe zu einem Gott wohlgefälligen Zweck stiftet, z. B. zu Gunsten eines Krankenhauses; zugleich setzt er einen Vollstrecker ein, den er mit der Sorge für die gestiftete Sache betraut. Diese Handlung hat jedoch keine rechtliche Gültigkeit, bevor sie nicht von dem zuständigen Richter genehmigt ist. Diese Genehmigung geschieht durch einen fingierten Prozeß, der an die in jure cessio des römischen Rechts erinnert, aber in umgekehrter Form. Der Stifter und der von ihm bestellte Vollstrecker erscheinen in Gegenwart zweier Zeugen vor dem Richter; ersterer spricht seinen Willen zur Stiftung der Sache aus, stellt sich aber, als ob er denselben bereue, vindiziert von dem Vollstrecker die Sache und fordert von dem Richter die Verurteilung des anderen zur Herausgabe der Sache, da er dieselbe ohne rechtlichen Grund besitze. Der Richter weist diese fingierte Vindikation des Stifters ab mit der Begründung, daß, nachdem der Stifter die Sache einmal gestiftet und einen Vollstrecker bestellt hat, er die Sache nicht mehr vindizieren kann, da sie durch die Widmung Eigentum Gottes

geworden ist. Durch diesen Scheinprozeß erlangt die Stiftung Rechtskraft; dieselbe bildet eine merkwürdige Parallele zur römischen in jure cessio, wobei freilich die Parteirollen umgekehrt verteilt sind.

2. Bei der Behandlung des in der Türkei geltenden Eigentumsrechts an Stockwerken kommt der Verf. zu einer geschichtlichen Untersuchung und nimmt ein solches einerseits für das alte Rom, andrerseits für das spätere byzantinische Recht an (S. 114 f.). Diese beiden Ansichten halten wir für unrichtig.

a) Das Eigentum an Stockwerken nimmt Verf. für das alte Rom an auf Grund der folgenden Stelle des Dionys von Halicarnass (10, 32): *κυρωθέντος δὲ τοῦ νόμου συνελθόντες οἱ δημοτικοὶ τὰ οἰκόπεδα διελάγχανον καὶ κατῳκοδόμουν ὅσον ἕκαστος τόπον δυνηθεῖεν ἀπολαμβάνοντες, εἰσὶ δὲ οἱ σύνδυω καὶ σύντρεις καὶ ἔτι πλείονες συνιόντες οἰκίαν κατεσκευάζοντο μίαν, ἑτέρων μὲν τὰ κατώγεα λαγχανόντων ἑτέρων δὲ τὰ ὑπερῷα.* Es handelt sich hier um die lex Icilia de Aventino (297 a. u. c.), welche die Verteilung des gleichnamigen Hügels an die plebs betrifft. Die Verteilung geschah in ziemlich tumultuarischer Weise; jeder nahm soviel er nur irgend bekommen konnte; dann ging es ans Bauen, zum Teil in Gemeinschaft und zwar so, daß der eine den oberen, der andere den unteren Teil des Hauses durchs Los erhielt. Von juristischem Standpunkt aus ist freilich die Fassung der zitierten Stelle sehr unklar, und es wird schwer halten, mit Sicherheit zuverlässige Resultate zu gewinnen. Aller Wahrscheinlichkeit nach liefert die vorliegende Dionysstelle noch einen Beweis, daß die Superficies zuerst im öffentlichen Rechte aufkam und zwar auf den locus publicus angewendet wurde (Pernice B. 5, S. 90 dieser Zeitschrift). Dieser Deutung widerspricht keineswegs das ebenda vorliegende Zeugnis des Dionys, nach welchem *ὅσα μὲν ἰδιῶταί τινες εἶχον ἐκ δικαίου κτησάμενοι ταῦτα τοὺς κυρίους κατέχειν, ὅσα δὲ βιασάμενοί τινες ἢ κλοπῇ λαβόντες ᾠκοδομήσαντο, κομισαμένους τας δαπάνας ἃς ἂν οἱ δαιτηταὶ γνῶσι τῷ δήμῳ παραδιδόναι,* denn diese Worte wollen wohl, wie Mommsen (Staatsrecht III, S. 166) bemerkt, den Gegensatz der iusta possessio am öffentlichen Besitz gegenüber dem auch hier möglichen Besitz vi aut clam bezeichnen.

b) Wir gehen nunmehr zur Widerlegung der andern Behauptung des Verf.'s über, daß nämlich in dem späteren byzantinischen Recht das Eigentum an Stockwerken Geltung hatte. Die Stelle bei Harmenopulos, auf welche Verf. seine Meinung stützt, lautet folgendermaßen (2, 4, 68): *ο ἔχων τὰ ἀνώγεα τοῖς ἰδίοις ἐπικτίζει ὅσον θέλει μὴ βαρῶν μέντοι τὰ κατώγεα ὑπὲρ δύναμιν.* Diese Stelle ist jedoch eine genaue Wiedergabe der Basilika 58. 2, 24. Nehmen wir die Meinung des Verfassers an, so müssen wir konsequenter Weise auch die Annahme aussprechen, daß allgemein im byzantinischen Rechte und nicht bloß in dem späteren das Eigentum an Stockwerken gegolten hat. Aber die Basilika haben eine solche Neuerung nicht nur nicht eingeführt, sondern sind der Regel des römischen Rechts treu geblieben, nach welcher der Eigentümer des Bodens auch der des Gebäudes wird, und welche sie mit den Worten aussprechen: *τὰ ἐπικείμενα εἴκει τοῖς ὑποκειμένοις* (15. 1, 82). Harmenopulos wieder-

holt diese Regel wörtlich 2. 4, 67. Nunmehr bleibt 2. 4, 68 zu erklären; die betr. Stelle ist nur eine Wiederholung von 2. 4, 62: *οὗτινος τὰ οἰκήματα δικαίῳ δουλείας ὑπέρκειται ἐν τῇ ἐξουσίᾳ τούτου ἐστὶν ἐπ' ἄπειρον ταῦτα ὑψοῦν, ἐν ᾧ μέντοι τὰ ὑποκείμενα τοῦ γείτονος μὴ βαρύνειν δουλείᾳ, παρ' ἣν φέρειν ὀφείλουσιν*, mit andern Worten. Derartige Wiederholungen und unbegründete Pleonasmen kommen bei Harmenopulos oft vor (z. B. 2. 4, 67 kommt wörtlich 2. 1, 27 wieder vor). Die zuletzt erwähnte Stelle (2. 4, 62) ist nur eine Paraphrase von D. 8. 2, 24 (Paulus): cuius aedificium iure superius est in infinito supra suum aedificium imponere, dum inferiora aedificia non graviore servitute oneret quam pati debent. Aber diese Digestenstelle ist, wenn auch sehr gekürzt, in die Basilika aufgenommen worden (58. 2, 24). Harmenopulos hat beide aufgenommen, indem er übersah, daß sie denselben Inhalt haben. An allen diesen Stellen handelt es sich um die servitus tigni immittendi. Paulus will nämlich sagen, daß der Inhaber einer solchen servitus zwar unbeschränkt ist, soweit es die Höhe und Schwere der Belastung betrifft, daß er aber das dienende Gebäude des Nachbars nicht dergestalt beschweren darf, daß es durch die Größe der Last beschädigt wird, m. a. W. er muß die Regel servitute civiliter est utendum vor Augen haben (Glück. X, S. 81).

Leipzig. Demetrius Pappulias.

Koschembahr-Lyskowski, J. von: Die Condictio als Bereicherungsklage im klassischen römischen Recht. Bd. 1. Weimar, H. Böhlaus Nachf. 1903. (XI, 227 S.) 8°. Preis: 7 Mark.

Es ist eine alte Streitfrage, ob die condictio Bereicherungsklage, ob sie nicht Bereicherungsklage oder endlich ob sie teils Bereicherungsklage, teils etwas Anderes ist. Verf. stellt sich auf den zuerst bezeichneten Standpunkt, aber er muß doch (S. 10, N. 5) bekennen, daß die Darlehnsund Stipulationsklage in der Kondiktionslehre immer Schwierigkeiten machen werden, und deshalb hält er es für besser, von ihnen abzusehen. In Wahrheit betrachtet er also die condictio nur insoweit, als sie Bereicherungsklage ist. Seine These ließe sich uneingeschränkt aufrecht erhalten, wenn actio certae pecuniae creditae und condictio, was man ja behauptet hat, geschichtlich zu trennen wären. Aber auch ohne diese Annahme hat man doch wenigstens das Mutuum für die Bereicherungsklage zu retten versucht: so Pernice Labeo III, 1, S. 220 ff. Dessen Gedanken führt Verf. (§ 3) weiter aus, indem er die condictio mit der fiducia vergleicht und in Zusammenhang bringt. „So vertritt, sagt er S. 62 zusammenfassend, die condictio bei den dationes die actio fiduciae da, wo ein Treugelöbnis zwar nicht abgeschlossen ist, aber doch ein Fidesbruch vorliegt, der mit der actio fiduciae hätte geahndet werden können, wenn ein formelles Treugelöbnis zustande gekommen wäre.“ Aber man darf Pernice und noch

mehr v. Koschembahr die Frage entgegenhalten, warum nicht die Klage aus Depositum, Pignus und Kommodat ebenfalls die condictio ist.

Das Thema der condictio ist in letzter Zeit so viel behandelt worden, daß man fast fürchten muß, vom Verf. wenig Neues zu erfahren. Aber die ausgetretenen Bahnen hat er nicht betreten. Drei Punkte sind es, die unsere Aufmerksamkeit herausfordern. Die kondizierbare Vermögensvermehrung, so lehrt er, beruht auf einem gültigen, nichtvitiösen Rechtsgrund (erster Punkt); unterliegt sie trotzdem der condictio, so erklärt sich dies daraus, daß ihr Zurückbehalten fideswidrig ist (zweiter Punkt). Sodann: die systematische Einteilung der römischen Kondiktionsfälle, welche die klassischen Juristen versucht haben, ist zweifellos etwas Unfertiges; darum hat es Verf. unternommen, an ihre Stelle eine erschöpfende zu setzen (dritter Punkt). Das sind die drei Aufstellungen des Verf.'s, mit denen wir uns im folgenden hauptsächlich zu beschäftigen haben werden; ich bemerke dabei, daß ich zu ihnen in kurzen Umrissen bereits im Literarischen Zentralblatt Jahrg. 54 (1903), Nr. 42 Stellung genommen habe.

Ich beginne mit der Behauptung des Verf.'s daß das Zurückbehalten der Vermögensvermehrung in allen Kondiktionsfällen eine Fideswidrigkeit des Bereicherten gegenüber dem Kondizenten enthält. Damit knüpft er an Pernice an; aber Pernices Auffassung hat eine Geschichte. In dem vor nunmehr gerade dreißig Jahren erschienenen ersten Bande seines Labeo hatte er auf S. 413 „die fides und das credere als Grundlage der Realverträge auf Wiedergabe einschließlich der Kondiktionen" hingestellt; der Name der Kondictionen de pecunia credita beweise schon, daß dieselben sich an die Fides anlehnten (S. 418); und endlich S. 418/419: „Dem Richter blieb es überlassen, in jedem Einzelfalle zu entscheiden, ob durch den Verbleib der Bereicherung beim Beklagten die Fides verletzt werde oder nicht". Das alles paßt zu Pernices damaliger Lehre (S. 416): „Die (objektive) Fides wirkt innerhalb des Kontraktssystemes in doppelter Weise: sie begründet Klagen und sie gestaltet sie der Art und Weise rechtlicher Leute angemessener". Später aber hat Pernice diese Lehre und damit auch seine Meinung über die fides als Grundlage der Kondiktionen geändert. Im Labeo Bd. 3, Abt. 1 (1892) setzt er auf S. 219 die Kondiktionen in Beziehung zur objektiven *bona* fides, nicht mehr zur objektiven fides; beim Mutuum freilich (S. 220—222) und in einigen Fällen der condictio ob causam (S. 273, 284, 285)) spricht er von dem auf Fides Hingegebenen, vom Wortbruch und von der Fideswidrigkeit, wobei es zweifelhaft sein kann, ob er fides im objektiven Sinne oder im subjektiven (fides = das gegebene Wort, daher Wortbruch) versteht. Aber weiter: im Labeo, 2. Aufl., Bd. 2 Abt. 1 (1895) verwahrt sich Pernice (S. 311 N. 2) ausdrücklich dagegen, daß er fides und fides bona, die „allerdings, wie Bechmann sagt, verschiedene Dinge" sind, verwechselt habe, und im Texte zu dieser Note sagt er, daß die fides bona im Obligationenrechte stets nur ein Faktor für die sachgemäße Ausweitung einer bestehenden actio ist. Darnach kann die Grundlage der condictio nicht die bona fides sein (vgl. auch ebenda S. 192 zu N. 3). Es ist nicht leicht, nach allen diesen Äußerungen Pernices

zur Klarheit darüber zu kommen, welche Rolle fides und fides bona in Bezug auf die Kondiktionen nach seiner Auffassung gespielt haben, und nur das steht fest, daß er beide in ihren Funktionen getrennt wissen will.

Im Gegensatze dazu hält v. Koschembahr fides und bona fides, fidesgemäßes Verhalten und Verhalten anständiger Leute nicht auseinander, sondern gebraucht er diese Ausdrücke und Wendungen promiscue und damit als völlig gleichbedeutend. Nach S. 23 soll der Verstoß gegen die objektive *bona* fides die Grundlage der condictio sein; ähnlich z. B. S. 77 und S. 140. Auf S. 103 wechseln im selben Sinne Verstoß gegen die bona fides und Fideswidrigkeit. Zur bona fides sind auch alle diejenigen Stellen zu zählen, in denen Verfasser vom Verhalten rechtschaffener, anständiger und dergleichen Leute spricht. Auf der andern Seite begründet er die condictio mit dem Fidesbruch, bezw. mit der Fideswidrigkeit des Bereicherten (z. B. S. 26, 27, 66, 81, 83, 137, 152 f., 162, 219). Setzt er nun bewußt fides = fides bona, beide im objektiven Sinne genommen, so nähert er sich meiner Ansicht, die ich in dieser Zeitschrift, Rom. Abt., Bd. 11 (1890), S. 165 ff. geäußert habe, und an der ich noch jetzt festhalte. Läßt man sich nun die Gleichung des Verf.'s gefallen, so erhebt sich die viel wichtigere Frage, ob er den Beweis, daß im Behalten der Vermögensvermehrung eine Fideswidrigkeit des Bereicherten (oder wie man sein Verhalten nennen mag) liegt, für alle einzelnen Fälle der condictio erbracht hat. Dieser Beweispflicht unterzieht er sich in seiner systematischen Übersicht der römischen Kondiktionsfälle, die neben anderen Zwecken auch diesem Zwecke dient.

Da ist nun zunächst festzustellen, daß die Quellen die condictio nur ganz selten mit der fides oder der bona fides — beides kommt vor — in Verbindung bringen (Dig. 23, 3, 50 pr. und Cod. Just. 4, 6, 2 und 4, 6, 4); auf solche gelegentliche Äußerungen ist nicht viel Gewicht zu legen, zumal sie dabei gerade die fides pacti, das Verhalten gemäß der Abrede, in Betracht ziehen. Öfters berufen sich die Klassiker auf die aequitas der condictio: das ist eine bloße Redensart, vor allem aber vermag diese Begründung der condictio den Beweis des Verf.'s nicht einmal zu unterstützen. So ist er gezwungen, diesen Beweis für jeden typischen Einzelfall der condictio aus inneren Gründen herzuleiten, und das ist wie seine Aufgabe, so auch seine Absicht. Indessen hat er doch für einige Fälle diesen Beweis gar nicht versucht: so bei der condictio wegen Unterlassung der Kompensation, wenn die Gegenforderung nur natural ist (S. 105 f.); wegen Zuvielleistung des Schuldners (S. 106 f.); bei der condictio eines Erwerbes, der sich nur auf formelles Recht stützt (S. 128 ff.), und einer contra legem vor sich gehenden Vermögensvermehrung (S. 210 ff.). Prüfen wir diese Fälle, mit alleiniger Ausnahme der condictio des vom Schuldner geleisteten Zuviel, so ist allerdings der Beweis, daß die condictio auf das fideswidrige Verhalten des Bereicherten zurückzuführen sei, gewiß nicht leicht; ich halte ihn aber für unmöglich. Gehen wir weiter, so begründet Verf. in denjenigen Fällen, die er in seinem § 6 zusammengestellt hat, die condictio wiederholt mit der Billigkeit, aber eben nicht, worauf es allein

ankommt, mit der fides: auch hier ist er also den Beweis schuldig geblieben. In den übrigen Fällen wird der erforderliche Beweis angetreten. Kondiktion einer Vermögensvermehrung, die einer Abrede widerspricht (S. 132 ff.), und Kondiktion einer nur treuweise gemachten Zuwendung werden sich ja ohne Schwierigkeit aus der Fidespflicht des Bereicherten erklären lassen; nur fragt es sich, ob diese Rubriken richtig aufgestellt sind (s. unten). Aber läßt sich die gleiche Fidespflicht wirklich für die Kondiktion wegen nichtausgeübten Retentionsrechtes (S. 92 ff.) behaupten? Verf. hat festgestellt, daß die condictio der Aufwendungen ausgeschlossen ist, wenn der Aufwendende das Retentionsrecht gegenüber einer dinglichen Klage (vindicatio, hereditatis petitio) nicht geltend gemacht hat; zulässig dagegen, wenigstens seit Marcell nach Dig. 25, 1, 5, 2, wenn die Klage eine persönliche ist (z. B. Dotalklage). Woher der Unterschied? Das ist schwer zu sagen; immerhin mögen die Gründe, die Verf. S. 96 und S. 101 f. anführt, beachtenswert sein. Wenn er aber S. 103 diese Gründe so wendet, daß das Zurückbehalten der Bereicherung das eine Mal fideswidrig und das andere Mal fidesgemäß ist, so scheint mir diese Begründung nur eine petitio principii zu sein; denn in aller Regel erscheint es fidesgemäß, wenn man einmal die fides hineinziehen will, daß der Eigentümer wenigstens die notwendigen Aufwendungen, die der Besitzer gemacht hat, diesem ersetzt, anstatt sie kostenlos in seine Tasche zu stecken.

Bisher habe ich nur die großen Abteilungen der Systematik des Verf.'s ins Auge gefaßt. Je mehr man nun weiter in das Detail greift, um so mehr zeigt es sich, daß mit dem Fidesprinzip nicht auszukommen ist. Es genügt, einige Fälle, gleichviel unter welche Rubrik sie Verf. gestellt hat, anzuführen. Eine Nichtschuld liegt vor, wenn aus einer bedingten Schuld gezahlt ist und hinterher die Bedingung ausfällt: hier verlangt nach v. K. S. 89 unter Ziffer 7 das Fidesprinzip die condictio; wenn dagegen auf eine betagte Schuld gezahlt wird, so werde nach demselben Fidesprinzip die condictio versagt. Ich kann hier das Walten der Fides nicht entdecken, vermisse aber jedenfalls den Beweis für die Behauptung des Verf.'s. Hat der Advokat von seinem Klienten im voraus Honorar erhalten und stirbt er vor der Prozeßführung, so kann nach einem Reskript des Severus das Honorar nicht zurückgefordert werden, weil, setzt Verf. S. 199 hinzu, die Klage der fides entgegen wäre. Daran schließt v. K. die Frage an: wie, wenn der Advokat wegen Krankheit, also ebenfalls ohne seine Schuld, den Prozeß nicht führen kann? Man wird geneigt sein, die Entscheidung des Severus wegen ihrer Begründung (Schuldlosigkeit des Advokaten) auf diesen und ähnliche Fälle auszudehnen (so Pernice, Labeo III, 1, S. 199). Wenn Verf. sich dagegen erklärt, so läßt sich darüber nicht rechten; aber es ist unverständlich, warum seine Ansicht durch das Fidesprinzip empfohlen wird. Ein dritter Fall: hat ein Unmündiger ohne Vollwort seines Vormundes eine Naturalschuld bezahlt, so heische die fides, daß der Unmündige die condictio hat; wird aber dem Unmündigen irrtümlich eine Nichtschuld (also nicht etwa eine Naturalschuld) bezahlt, so entspräche es der fides, daß mit Rücksicht auf den Pupillen

gegen ihn die condictio (auf die Bereicherung!) nicht gegeben wird (Verf. S. 80—82). Ich sollte meinen, daß, wenn die fides das entscheidende Wort zu sprechen hätte, beide Entscheidungen entgegengesetzt lauten müßten. Und endlich: Die condictio sei fideswidrig, wenn auf seiten beider Parteien eine Unmoralität vorliegt; denn „ehrbare" Leute forderten in diesem Falle nicht zurück. Hier werden aus den ehrlichen oder ehrenhaften Menschen ehrbare. Fideswidriges Verhalten ist gewiß unmoralisch, aber nicht umgekehrt ist jedes unmoralische Verhalten darum fideswidrig. Aus diesen vier Beispielen sieht man zur Genüge, wieweit Verf. den Begriff der objektiven Fides dehnt, nämlich so weit, daß man, wenn man ihm folgte, fast alle Sätze des römischen Rechtes auf die fides zurückführen könnte.

Gegen mein Urteil, daß in den zuvor genannten Fällen eine Beziehung zur Fides nicht ersichtlich, wird er einen Einwand erheben. Die fides, das Gebahren anständiger Leute, sagt er S. 200 mit Recht, sei etwas Relatives; was in Rom zu einer Zeit fidesgemäß erschienen wäre, könne heute fideswidrig sein. Auch die Umkehrung muß natürlich gelten, und in demselben Gedankengang mag es denn auch liegen, daß man in Rom etwas als Fidespflicht aufgefaßt habe, worin wir heute eine Beziehung zur Fides überhaupt nicht anerkennen. Mag sein; aber um so schwieriger und zugleich um so nötiger wäre doch dann der Beweis gewesen, daß die Römer in denjenigen Fällen, in denen Verf. die condictio mit der fides begründet, ohne daß die Quellen davon auch nur ein Wort sagen, die fides als deren Grundlage aufgefaßt hätten. Und die Quellen bringen, um dies zu wiederholen, nur drei Stellen, in denen der fides, bezw. der bona fides Erwähnung geschieht (Dig. 23, 3, 50 pr. und Cod. Just. 4, 6, 2 und 4, 6, 4), alles drei Stellen, die das Festhalten an einer Abrede als Fidespflicht hinstellen, wogegen nichts zu erinnern ist. Diesen gegenüber steht die ganze Fülle von Stellen, in denen von der condictio ohne jede Beziehung zur fides die Rede ist! Und für jede einzelne hätte Verf. nicht bloß behaupten, sondern auch beweisen müssen, daß gemäß der Anschauung der Römer die Gewährung der condictio wie ihr Ausschluß nach den Grundsätzen der fides geregelt ist, mögen wir Heutigen auch diese Anschauung nicht teilen.

Aber auch die Anschauungen der Römer über das Fidesgemäße waren, was dem Verf. ohne weiteres zu glauben ist, nicht zu allen Zeiten die nämlichen; nur muß, wo dieser Wechsel in der Anschauung für die Kondiktionslehre von Wichtigkeit wird, wiederum der Beweis geliefert werden. „Daß dies gerade die fides forderte, sagt Verf. S. 145, das hat sich aus der Praxis entwickelt"; S. 178: „Die Praxis muß dabei (ob Fidesbruch anzunehmen sei) eine große Rolle spielen"; S. 195: „Auch hierüber entscheidet die objektive fides, welche in der Anschauung der Praxis zum Ausdruck kommen muß". Je nachdem nun die Praxis sich für oder gegen die condictio entscheidet, urteilt Verf., daß nach Anschauung der Römer Fideswidrigkeit des Bereicherten vorliegt oder nicht. Das heißt aber eben nicht beweisen. Man erhält hier, wie auch sonst, den Eindruck, als ob sich Verf. von seinem nur für gewisse Fälle der

condictio zutreffenden Gedanken, daß ihre Grundlage die Fides sei, so sehr hat gefangen nehmen lassen, daß er sich über den Unterschied zwischen Behauptung und Beweis getäuscht hat.

Die einzelnen Sätze, die v. K. in den Überschriften seiner §§ 4—11 über die condictio der Vermögensvermehrung aufgestellt hat, brauchen zudem gar nicht als Niederschlag des Fidesprinzips aufgefaßt zu werden, sondern wir kommen ebensogut mit dem Billigkeitssatze von der ungerechtfertigten Bereicherung, den die Römer als entscheidend hingestellt haben, und der deshalb auch Pernice ausreichend erscheint, aus. Dieser Billigkeitssatz gibt uns allerdings ebensowenig einen festen Maßstab, wie das problematische Fidesprinzip: der fehlte den Römern und fehlt uns. Aber weshalb den gegebenen, konkreten, wenn auch relativen Maßstab vertauschen mit einem ferner liegenden, abstrakteren und doch ebenfalls nur relativen? Darum habe ich nicht das Vertrauen, dem Verf. S. 26 Ausdruck gegeben hat, daß gerade die Fideswidrigkeit uns den Weg der Fortbildung des objektiven Rechtes zu weisen vermöge.

Aus welchem Grunde Verf. die Fides als die Grundlage der Bereicherungsklage proklamiert hat, diese Frage führt mich hinüber zu dem zweiten Punkte seiner Aufstellung, der den Rechtsgrund der Vermögensvermehrung betrifft. Verf. verteilt diese Rechtsgründe auf folgende acht Kategorien (S. IX): 1. Zahlung; 2. Hingabe zu Eigentum; 3. Eigentumserwerb aus einem formellen Rechtsgrunde; 4. Besitz; 5. Delikt; 6. Erwerb einer Forderung; 7. Liberierung von einer Schuld; 8. Geleistete Dienste. Diese acht Kategorien lassen sich aber auf sechs verringern, und eine neue muß noch hinzutreten. Denn erstens ist die Zahlung als selbständiger Rechtsgrund der Vermögensvermehrung auszuscheiden. Die Zahlung ist ein Kausalgeschäft; sie ist Hingabe zu Eigentum oder zum bloßen Besitze oder behufs Begründung einer Servitut und überhaupt eines dinglichen Rechtes an fremder Sache, dies alles aber solvendi causa. Sieht man von dieser causa der Hingabe ab — und die Scheidung wird sich nachher als nötig erweisen —, so fällt die Zahlung entweder unter die zweite Kategorie des Verf.'s: Hingabe zu Eigentum, oder unter die vierte: Besitz, oder unter eine neue: Hingabe zur Begründung eines dinglichen Rechtes an fremder Sache. Sodann gehören die beiden Kategorien Besitz und Delikt zusammen. Als Delikt kommt nur das furtum in Betracht (condictio furtiva), der Dieb aber erwirbt Besitz. Hiernach lassen sich die Rechtsgründe der Vermögensvermehrung zweckmäßig in folgender Weise gruppieren: 1. Erwerb des Eigentums: a) durch Rechtsgeschäft, b) unmittelbar durch Gesetz (= aus einem formellen Rechtsgrunde); 2. Erwerb eines dinglichen Rechtes an fremder Sache; 3. Erwerb des bloßen Besitzes: a) durch Rechtsgeschäft, b) durch Delikt (Diebstahl), c) sonstwie; 4. Erwerb einer Forderung; 5. Befreiung von einer Schuld; 6. Geleistete Dienste.

Das sind die „Rechtsgründe" der Vermögensvermehrung; sachlich stimme ich darin mit dem Verf. überein. Wie stellt sich nun die condictio zu diesem, kollektiv ausgedrückt, Rechtsgrunde? Ficht sie ihn an, oder läßt sie ihn unangefochten bestehen? Die Frage, die, nach der bis-

herigen Literatur zu urteilen, viel Schwierigkeiten macht, und deren Lösung unerläßlich ist, hat Verf. m. E. richtig gelöst. Damit die condictio Platz greifen könne, so führt er aus, muß der Rechtsgrund der Vermögensvermehrung gültig, fehlerlos, unanfechtbar sein. Wäre der Rechtsgrund dies nicht, so wäre für die condictio gar kein Raum. Bewirkte z. B. die Hingabe zu Eigentum nicht Eigentum, so wäre für den Eigentümer das gewiesene Rechtsmittel gegen den (um den Besitz) Bereicherten nicht die condictio, sondern die rei vindicatio; oder allgemeiner: entfiele der Rechtsgrund in dem vom Verf. angenommenen Sinne, so hätte Kläger gegen den Bereicherten nicht die condictio, sondern andere Klagen. Das ist zweifellos; aber ich halte es für ein Verdienst des Verf.'s, nicht, daß er das Zweifellose nochmals festgestellt hat, sondern daß er daran für die Frage, warum trotz der Fehlerlosigkeit dieses Rechtsgrundes die Vermögensvermehrung doch grundlos und daher kondizierbar ist, unentwegt festgehalten hat, während man sich in der bisherigen Literatur im Kreise bewegte: der Rechtsgrund sei ein echter, aber doch wieder ein fehlerhafter. Wir müssen, wollen wir nicht die Kondiktionslehre in der bisherigen Verwirrung lassen, den vom Verf. so kräftig betonten Satz von der Fehlerlosigkeit des Rechtsgrundes, die Terminologie des Verf.'s vorausgesetzt, als bedingungslosen und unerschütterlichen anerkennen. Das ist die reife Frucht seines Buches.

Jetzt kommen wir aber zu der eigentlichen Schwierigkeit: beruht einerseits in den Kondiktionsfällen die Vermögensvermehrung auf einem gültigen und fehlerlosen Rechtsgrunde, so soll doch andrerseits die Vermögensvermehrung grundlos, sine causa, und daher ungerechtfertigt und unrechtmäßig sein. Wie ist dieser scheinbare Widerspruch zu heben? Offenbar muß jener „Rechtsgrund" etwas anderes sein, als dieser „Grund"; die Vermögensvermehrung muß ihren selbständigen Grund haben, und ebenso die condictio. Den ersteren haben wir soeben kennen gelernt, und an ihm wollten wir nicht mehr rütteln; was ist nun der Rechtsgrund der condictio oder der Rechtsgrund dafür, daß der Bereicherte die Bereicherung nicht behalten darf? Verf. antwortet: die Fides, und er formuliert darnach das Prinzip der condictio also: die Vermögensvermehrung beruht auf einem fehlerlosen und wirksamen Rechtsgrunde, aber das Behalten der Bereicherung ist fideswidrig. So scheint alles in bester Ordnung zu sein, und wir wissen jetzt auch — ich hatte den Nachweis vorhin versprochen —, wodurch Verf. auf sein Fidesprinzip verfallen ist: er wollte damit die Lücke ausfüllen, welche nach Feststellung des Rechtsgrundes der Vermögensvermehrung die Frage nach dem Rechtsgrunde der condictio offen ließ. Nun haben meine obigen Ausführungen ergeben, daß die Fides nicht die einheitliche Grundlage der condictio ist; damit wird Verf.'s Konstruktion in ihrem zweiten Teile hinfällig, und wir sehen uns noch immer vor die Frage gestellt: worin ist der Rechtsgrund der condictio zu suchen?

Was Verf. den Rechtsgrund der Vermögensvermehrung nennt, das sind nach seiner von mir oben S. 467 richtiggestellten Übersicht entweder abstrakte Rechtsgeschäfte (traditio, stipulatio, acceptilatio und dergl.) oder rein tatsächliche Zuwendungen (geleistete Dienste), oder

es ist unmittelbar das Gesetz, das bloß formell, ohne Rücksicht auf das materielle Recht, die Frage des Eigentums und des Besitzes entscheidet (specificatio und dergl., sowie Besitzerwerb des Diebes). Die Vermögensvermehrung ist also überall in den Formen und auf dem Wege des Rechtes und darum gültig zustande gekommen, aber über die materielle Berechtigung des Erwerbes ist damit noch gar nichts entschieden. Damit ein nach formellem Recht bewirkter Erwerb unanfechtbar sei, muß er auch dem materiellen Recht entsprechen; der formelle Erwerb muß eine causa haben, und diese causa gehört dem materiellen Rechte an. Solche causa ist z. B. für die Hingabe zu Eigentum die causa solvendi, Grund und Zweck der Hingabe ist die Schuldentilgung. Die traditio des Eigentümers mit dem beiderseitigen Willen des Eigentumsüberganges hat dem Erwerber Eigentum verschafft; bestand die damit zu tilgende Schuld (causa solvendi), so war zugleich die Schuld getilgt; bestand sie entgegen der irrtümlichen Annahme des Tradenten nicht, so entsteht zugleich für ihn um der vorgestellten causa willen die condictio, die obligatorische Rückforderungsklage, d. h. der formell gerechtfertigte Erwerb ist materiell ungerechtfertigt. Ähnliches gilt für die traditio mit causa obligandi; macht Empfänger nicht die Gegenleistung, so causa non secuta est, und daher kann der formell gerechtfertigte Erwerb nicht bestehen. Besitzerwerb des Diebes liegt vor; aber er ist sine causa, da das Delikt nie einen Erwerb materiell rechtfertigt. Diese Beispiele genügen vollauf; ich brauche nicht alle causae durchzugehen. Der Rechtsgrund der Vermögensvermehrung, wie sich Verf. ausdrückt, muß seinerseits einen Grund, eine causa haben; diese causa darf nicht von Anfang an fälschlich vorgestellt sein, sie darf nicht hinterher als trügerisch sich erweisen, sie darf vom Gesetz als injusta oder turpis nicht mißbilligt sein. Anders ausgedrückt: der formelle Rechtsgrund der Vermögensvermehrung wirkt den Erwerb von Rechts wegen; aber beruht er nicht auf einem materiellen Rechtsgrunde, so kann der Erwerb dem Erwerber durch die condictio wieder entzogen werden.

v. K. hat sich dieses Verhältnis zwischen „Rechtsgrund" und causa nicht zum Bewußtsein gebracht, und seine Fidestheorie mußte ihm die Erkenntnis dessen noch mehr verschließen. Und doch darf man annehmen, daß ihm der richtige Gedanke vorschwebte, als er auf S. 22 die unklaren und gewundenen Sätze schrieb: „Die Vermögensvermehrung entsteht aus einem Rechtsgrunde; aber der Rechtsgrund wird aufgehoben, sodaß in weiterem Verfolge die Vermögensvermehrung zu einer solchen ohne Rechtsgrund [das ist hier im Gegensatze zum bisherigen „Rechtsgrund" in Wahrheit die causa] wird. Der Boden des Rechtsgrundes wird der Vermögensvermehrung entzogen [der „Boden" ist die causa], und daher muß diese Vermögensvermehrung herausgegeben werden". Und ebenso glaube ich, mit v. Mayr (Die condictio, 1900) mich zusammenzufinden.

Der letzte Punkt unserer Betrachtung sollte das System sein, das Verf. für die Kondiktionsfälle selbständig aufgestellt hat, und das begreiflich von der ungenügenden Einteilung der Römer abweicht. Wir fragen zunächst: ist das neue System erschöpfend? Im § 8 hat Verf. Fälle zu-

sammengestellt, in denen eine Vermögensvermehrung deshalb unrechtmäßig sei, weil sie einer Abrede widerspräche; ich bemerke dabei, um den Verf. nicht unverschuldetem Mißverständnisse auszusetzen, daß er die condictio hier nicht etwa als Kontraktsklage auffaßt, wogegen er sich mit Recht ausdrücklich erklärt. Erster Fall dieser Rubrik ist: Rückforderung der Draufgabe, wenn der Kaufvertrag hinterher aufgehoben oder wenn er ordnungsmäßig erfüllt ist. Die Rückgabe soll nach Verf. beidemal von den Parteien vereinbart sein, zum mindesten schweigend. Pernice, Labeo III, 1, S. 272 hält dieses pactum arrale für recht fraglich, und Windscheid (Pand. II, § 325), auf den sich Verf. für seine Ansicht zu Unrecht beruft, hält den Gedanken der Abrede ebenfalls fern. Das Fragment sodann, das die condictio der Arra gewährt, Dig. 19, 1, 11, 6, deutet mit keinem Worte auf eine Abrede hin; denn wenn auch nach der Stelle die Arra mit der actio empti zurückgefordert werden kann, so braucht man dabei nicht an eine Nebenabrede zu denken, da ja die actio empti unter der bona fides steht. Actio empti und condictio werden also schlechthin, ohne Rücksicht auf ein etwaiges pactum arrale gegeben; man muß daraus schließen, daß die condictio auch dann durchgreift, wenn der Arraempfänger von Anfang an der irrtümlichen Meinung war, die Arra verbleibe ihm unter allen Umständen. In diesem Falle lag sicher eine auch nur schweigende Abrede auf Rückgabe nicht vor und kann die condictio nicht unter die Rubrik des Verf.'s gestellt werden. Unter welche gehört sie dann? Unter keine der vom Verf. aufgestellten; die Römer hatten für sie die Rubrik: condictio causa dati causa finita. Der an zweiter Stelle von ihm genannte Fall läßt sich schlechterdings nicht aus dem Zuwiderhandeln gegen eine (schweigende) Abrede erklären. Ein Walker hatte die ihm zur Reinigung übergebenen Gewänder verloren und ihrem Eigentümer den Preis gezahlt; nachher findet er sie wieder und kann nun den Preis mit der condictio zurückfordern. Das ist eine condictio sine causa; aber in das Schema des Verf.'s fügt sie sich nicht. Hiernach ist ihm der allerdings schwierige Versuch der Systematisierung nicht voll gelungen; sein System zeigt Lücken.

Einige seiner Rubriken lassen sich schwerlich aufrechterhalten. So diejenige des § 6: „Unrechtmäßig ist die Vermögensvermehrung, welche mit Rücksicht auf eine nachträglich angefochtene Vermögensvermehrung erfolgt ist". Der Fall der Quellen ist enger begrenzt; es handelt sich um nichtige oder anfechtbare Testamente, auf Grund deren etwas gezahlt ist. Aber die Rubrik scheint mir auch in dieser Begrenzung überflüssig, da die unter sie fallende condictio die condictio indebiti ist. Verf. S. 126 leugnet dies; der falsche Erbe habe eine Erbschaftsschuld (ein Legat) bezahlt, und wer eine Schuld bezahle, ob der wahre Schuldner oder ein Dritter, darauf komme nichts an. Gewiß; aber eine Erbschaftsschuld lag eben nicht vor, da das Testament und damit die Legate hinfällig waren. Auch Pernice, Labeo III, 1, S. 240, bekämpft den Gesichtspunkt der condictio indebiti: aber auf ihn weist nicht nur Afrikan Dig. 46, 3, 38, 2 hin, sondern auch Ulpian in l. 16 ad Sab.: „de legatis indebite solutis"

(Lenel, Paling.), Dig. 12, 6, 2, 1. Ferner muß ich die Rubrik des § 9: „Unrechtmäßig ist die Vermögensvermehrung, welche nur treuweise erfolgt ist" beanstanden. Sie wird von der Schenkung von Todes wegen ausgefüllt. Ubersteht der Schenker die Gefahr, so condictio causa data causa non secuta: darin herrscht Einigkeit. Aber abgesehen davon hat Schenker freies Reurecht: woraus erklärt sich dieses? Aus dem Einflusse der fiducia, sagt Verf.; Schenker habe treuweise hingegeben. Allein ich muß Pernice Recht geben, der annimmt, hier habe der Satz: ambulatoria est voluntas desjenigen, der von Todes wegen verfügt, eingegriffen.

Man sieht: einwandsfrei ist das System des Verf.'s bei aller Achtung vor seinem Versuche nicht. Auch im Einzelnen wäre noch manches anfechtbar; so würde ich, anders als er es getan, Fall IV und VI des § 8 zur condictio indebiti, Fall V desselben Paragraphen zur condictio causa non secuta rechnen, um nur einige Belege für meine Behauptung zu bringen. Auffallend ist es, daß Verf. im § 4, der von der condictio indebiti handelt, zwar öfters von der Nichtschuld spricht, darunter aber immer eine nichtige Schuld versteht (s. insbesondere S. 83 unter IV); ein indebitum ist aber auch natürlich eine gar nicht existierende, von mir nur irrtümlich als solche vorgestellte Schuld.

Nicht allen Ergebnissen, zu denen v. K. in diesem ersten Bande gelangt ist, konnte ich beitreten; hoffentlich bringt auch der zweite Band manches Erfreuliche, wie ich es bei jenem anerkennen konnte.

Münster i. W. Hugo Krüger.

Emilio Costa (professore ordinario di storia del diritto romano nell' università di Bologna), Corso di storia del diritto romano dalle origini alle compilazioni Giustinianee. Bologna. Nicola Zanichelli. Vol. I, 1901, XXVI und 411 S. Vol. II, 1903, XVI und 503 S.

Der verdiente und bereits durch zahlreiche Monographien, insbesondere seine Studien zu den römischen Dichtern und seinen Papiniano, bekannte Verfasser legt uns in den anzuzeigenden 2 Bänden ein System der römischen Rechtsquellen und eine Geschichte des römischen Privatrechts vor. Einem so umfangreichen Werke gegenüber muß sich der Referent natürlich damit begnügen, zur Erhärtung seines auf dem Studium des Ganzen beruhenden Urteils Einzelheiten hervorzuheben, eine Auswahl, die wie jede natürlich subjektiv und willkürlich ausfallen muß. Dennoch möchte ich der Besprechung einzelner Partien dieses „Kursus der römischen Rechtsgeschichte" eine Bemerkung allgemeiner Natur voraufschicken, und zwar eine m. E. das Werk in hervorragendem Maße auszeichnende: die sorgfältige und eingehende Berücksichtigung der Papyrusfunde. Der Verf. hat damit der Papyrusforschung einen Dienst erwiesen, für den ihm diese Disziplin aufrichtigen Dank schuldet.

Wenn ich im folgenden gerade derartige Partien herausgreife, so geschieht dies aus dem doppelten Grunde, weil gerade sie naturgemäß am meisten Neues bieten und auch weil sie mir infolge eigener Studien am nächsten liegen; keineswegs soll damit der Anschein erweckt werden, als seien gerade diese Dinge ungebührlich in den Vordergrund gerückt und sei anderes vernachlässigt.

Costa's Werk zerfällt in 5 Bücher: Rechtsquellen; Familien- und Personenrecht; Sachenrecht; Obligationenrecht; Erbrecht. Vorausgeschickt ist eine allgemeine, sofort für die eingehende Bekanntschaft des Verf.'s mit der gesamten Literatur zeugende Bibliographie. Sorgfältig gearbeitete alphabetische Indices erleichtern die Benutzung jedes Bandes; leider vermissen wir ein Quellenregister. Neben der bereits hervorgehobenen Benutzung der neuesten ägyptischen Quellen soll noch auf die hervorragende Stellung hingewiesen werden, die den Ergebnissen der vergleichenden Rechtswissenschaft eingeräumt wird. Daß aus solchen Studien auch die treuesten Verehrer des römischen Rechts nichts für den Glanz desselben zu fürchten haben, hebt Costa mit Recht hervor (I, XXV), denn immer wird hervorleuchten l'eccellenza giuridica di Roma classica e la superiorità squisita del magistero storico di essa! Und nun zu einigen Einzelheiten aus der Fülle des gebotenen Stoffes!

I. Buch. Quellen. Bei der Darstellung der XII-Tafel-Gesetzgebung ist die Überlieferung von der Einflußnahme griechischer Kultur gegen die Leugnung dieses Einflusses zu ihrem Rechte gekommen (S. 11 f. und N. 18 f.). Dagegen begnügt sich der Verf. Pais gegenüber mit einer kurzen farblosen Bemerkung S. 18[21]. Pais', Storia di Roma I 550 ss., II 546 ss., ausgesprochene Ansicht über die Unechtheit der XII Tafeln, die er vielmehr als ein Gelehrtenwerk des Cn. Flavius hinstellt, hat bekanntlich mittlerweile speziell die französischen Rechtshistoriker eingehend zu beschäftigen begonnen. Lambert hat in der Nouv. rev. histor. 1902 p. 147 ss. noch radikaler die Zwölftafeln als ein Werk erst des Sex. Aelius Paetus Catus hingestellt, während Girard in besonnener Weise in einem im selben Jahrgang der genannten Zeitschrift erschienenen Artikel, L'histoire des XII tables, die Richtigkeit unserer Überlieferung verteidigt. — In der gajanischen Frage neigt der Verf. ohne die gegenteiligen Argumente zu unterdrücken, zur Ansicht, daß wir es nicht mit einem Provinzialjuristen zu tun haben (S. 84 f.). Die wiederholt hierfür, sowie für die Gelehrsamkeit und die Gewissenhaftigkeit des Gaius eintretenden Äußerungen Wlassak's mögen zur Literatur dieser Frage ergänzt werden (z. B. Röm. Proz. Ges. I 200 f. und N. 54; II 224 f.[10] sowie a. a. O.). — Mit Recht weist Costa bei der Darstellung des Zitiergesetzes und des in demselben zum Ausdruck kommenden Tiefstandes in der Jurisprudenz (S. 108 ff.) nachdrücklich darauf hin, daß es sich hier um die Rechtszustände der westlichen römischen, nicht der östlichen griechischen Reichshälfte handle (S. 111[28]). Daran schließt sich (S. 116 ff.) die Schilderung der wesentlich besseren Rechtszustände des Orients, wo weder die Theorie erloschen (Rechtsschulen

zu Konstantinopel und Beryt), noch die Praxis so tief herabgekommen war, wie im Okzident, und wo deshalb der Boden für das großartige Gesetzgebungswerk Justinians vorbereitet war (S. 119—150), dessen rasche Vollendung man sonst bei aller Bewunderung vor dem Kaiser, vor Tribonian und dessen Kollegen nicht verstehen könnte. — Im Kapitel über die Kritik der justinianischen Quellen (S. 151 ff.) wird der Verf. der von Gradenwitz und Eisele inaugurierten modernen Interpolationenforschung vollauf gerecht. — Nun folgt (S. 161 ff.) eine Zusammenstellung der uns in Original oder wörtlichem Zitat erhaltenen öffentlichen oder privatrechtlichen Urkunden, wobei die neueren und neuesten Funde gewissenhaft registriert und mit Literaturangaben versehen sind. § 8 (S. 175—177) ist den Papyri gewidmet. Seither ist auf diesem Gebiete sehr viel Neues dazugekommen: Quellen und Literatur. Diese Dinge sind dem Verf. natürlich nicht entgangen; er verwertet sie wiederholt im II. Bande. Vgl. auch die Addenda II p. 483.

Wenn ich im folgenden ab und zu Neues, das dem Verf. noch nicht bekannt sein konnte, ergänzend beifüge, so bezweckte dies nur die Hervorhebung von Partien, in denen wir auf dem von Costa vorgezeichneten Wege etwas weiterkommen können. Ihrem Inhalte nach zählt Costa die juristischen Stücke in den ägyptischen Funden zu den öffentlichen und privatrechtlichen Urkunden (S. 176 f.), und in der Tat haben die meisten juristischen Papyri diesen Charakter. Aber die Hoffnung ist nicht ausgeschlossen, daß auch uns einmal größere literarische Stücke, vor allem Juristenschriften beschert werden können. Bisher ist freilich wenig genug derartiges zum Vorschein gekommen. Vergl. aber neuestens die von Lenel edierten zwei neuen Bruchstücke aus Ulpians Disputationen (Ber. Berl. Ak. 41, 922 ff.). Dieses Stück ist ein Blatt aus einem Kodex, der vermutlich eine Sammlung von Schriften Ulpians oder verschiedener Juristen enthält (Lenel S. 936). Welche Bedeutung hätten aber solche Schriften für die Palingenesia iuris civilis und zwar nicht bloß neue, sondern auch solche, die wir bisher nur in der Gestalt von Digestenfragmenten besitzen! — Das letzte Kapitel des I. Buches (S. 178 ff.) beschäftigt sich in ausführlicher Weise mit den nichtjuristischen Schriftstellern. Bei der Besprechung der juristischen Ausbeute aus den Werken der römischen Dichter fallen dem Verf. die Früchte eigener früherer Arbeiten zu (S. 194 N. 45 und 195 N. 46).

II. Buch. Familien- und Personenrecht. Im Eherecht (sowie auch analog im Rechte der patria potestas und der Vormundschaft) ist durch die einheitliche Darstellung der geschichtlichen Entwickelung der persönlichen und der vermögensrechtlichen Verhältnisse der historische Zusammenhang und die gegenseitige Bedingtheit beider besser zum Ausdruck gebracht, als bei der sonst wohl üblichen gesonderten Behandlung beider Verhältnisse. Zu Mitteis' Arbeiten über die *donatio propter nuptias* (Reichsr. 256 ff., Costa 234[81]) sind nunmehr noch die Gegen-

ausführungen von Grenfell-Hunt, Oxy. II p. 239 ss. und die Replik Mitteis', Arch. I 347 ff. zu vergleichen. — Zur willkürlichen Aufhebung der Ehe durch den Vater der Frau gegen ihren und des Mannes Willen (cf. Enn. fr. Cresph. 7 bei Costa 242[102]) bietet nun eine interessante Parallele das im ägyptischen Recht unter gewissen Voraussetzungen vorkommende analoge Recht des Vaters und der Kampf der römischen Behörden gegen diese *τοῦ νόμου ἀπανθρωπία* (Oxy. II 237 VII, 34 f.). — Zum Beweis der Geschwisterehe in Ägypten vermag sich Costa bereits auf Papyri zu stützen (S. 248[119]), vergl. nun noch Nietzold, Die Ehe in Ägypten Diss. 1903, S. 12 ff. — Die S. 254[146] angezeigte Arbeit Tassistro's über die römischen Soldatenehen ist von H. Erman, Z. S. St. 22, 234 ff. eingehend besprochen worden. Neuestens ist für diese noch immer in Diskussion stehende Frage vor allem die Neuedition des P. Catt. und der von P. Meyer hierzu geschriebene Kommentar wichtig (Arch. III 55 ff.). — Zum osculum interveniens (S. 263) vergl. auch Mitteis, Reichsr. 225[8]. — Interessant sind die genauen Ausführungen über die Aussetzung von Kindern (S. 283 f. 288), dann über die von Marc Aurel eingeführten Geburtsanzeigen (S. 290); zu den daselbst in der Note zitierten Schriften s. noch Levison, Die Beurkundung des Zivilstandes im Altertum. Bonn. Diss. 1898. — Bei der Frauentutel ist S. 331 N. 31 auch des *κύριος* der Papyri gedacht. Vergl. dazu Gradenwitz, Einführ. 152 f., Nietzold 30 f. Daß der *κύριος* sich länger erhalten hat als der römische tutor mulierum hat schon Mitteis, Reichsr. 220 f. gezeigt. Der Grund, warum A. Titania in BGU I 94 ohne *κύριος* handelt, liegt wohl in ihrem ius liberorum, s. Nietzold S. 31[2]. — Dem für die ganze antike Kultur so bedeutsamen Institute der Sklaverei ist in dem darüber handelnden Abschnitte (S. 343 ff.) gebührende und sorgfältige Aufmerksamkeit geschenkt. In demselben Kapitel hat auch (S. 376 ff.) der Kolonat eine eingehende Würdigung erhalten, die ich besonders hervorgehoben haben möchte. Die hübsche Schilderung des Übergangs der Rechtssubjektivität des pater familias auf den einzelnen Familienangehörigen (S. 383 ff.), einer Erscheinung, die sich deutlich in der Verdrängung des nomen durch das cognomen wiederspiegelt (S. 392—395), bildet den Abschluß dieses Buches und zugleich des ersten Bandes.

III. Buch. Sachenrecht. Das schwere, vielumstrittene und, wenn überhaupt, so wohl nur auf dem Wege der Rechtsvergleichung lösbare Problem der Entstehung des Grundeigentums steht sachgemäß an der Spitze der Erörterungen der römischen Grundeigentumsverhältnisse (S. 4ff. insb. N. 2). Es folgt die Darstellung der nach und nach neben dem dominium sich entwickelnden Grundeigentumsformen (bonitarisches Eigentum, Eigentum der Peregrinen und Eigentum an Provinzialgrundstücken); dann anschließend (S. 38ff.) die Schilderung des Gegensatzes von ius civile und ius gentium im Eigentumserwerb. Das BGU I 267 vorkommende älteste Zeugnis für die longi temporis praescriptio am Provinzialboden, ein Reskript des Septimius Severus, das

Mitteis, Hermes 30, 612ff. besprochen hat, ist Costa nicht entgangen (S. 86[55]). S. 46ff. schildert der Verf. in der Lehre von der Tradition die nachteiligen Folgen der Formlosigkeit dieses Geschäfts für den Immobiliarverkehr, weist die Versuche der Kaiser auf, diesen Übelständen zu steuern und bespricht dabei in einer mit den neuesten Papyrusforschungen wohl vertrauten Note (S. 49) das ägyptische Grundbuchswesen. Daß im Edikte des Mettius Rufus (Oxy. II 237 VIII, 36) aber (vgl. Costa 47[77]) bereits der Gedanke des Schutzes des gutgläubigen Dritten gesetzespolitische Verwertung gefunden hat, hat Mitteis Arch. I, 184 gezeigt. — Das Kapitel über den Besitz beginnt mit den Ausführungen über die italischen possessiones (S. 84 ff.). Der Schilderung des dort aufkommenden Interdiktenschutzes (S. 86 ff.), der sich darüber hinaus auf andere Immobilien und Mobilien ausdehnte (S. 91 f.) und auf breiterer Basis stand, als der spätere klassische Besitzschutz — der „abgeleitete Besitz" des Sequesters, Pfandgläubigers und Prekaristen stammt aus jener älteren Zeit (S. 94) — folgt dann die Darstellung des klassischen Besitzrechts (S. 95 ff.) mit dem Erfordernis des animus possidendi. Note 24 (S. 96f.) wird auch die dogmatische Seite kurz gestreift. Dabei scheint sich Costa im ganzen (cf. 98[25] gegen den abgeleiteten Besitz Savignys) für Savigny und gegen Ihering zu entscheiden. Eine Erörterung des römischen Begriffes des Besitzes an Rechten schließt dieses Kapitel (S. 98f.). — In der Servitutenlehre (S. 100 ff.) unterscheidet Costa, dem mehr rechtsgeschichtlichen als dogmatischen Aufbau seiner ganzen Arbeit entsprechend, zwischen den Prädial- (Rustikal- und Urbanal-) Servituten einerseits und den sich davon unabhängig entwickelnden Personalservituten (S. 121 ff.), insbesondere dem Usufrukt. Daß erst die Kompilatoren die in ihrem Sinne gelegene systematische Gliederung eines Oberbegriffs servitutes in s. personales und in s. praediales durchführten, machen die zahlreichen Interpolationen wahrscheinlich, womit der Usufrukt erst unter den Servitutenbegriff eingereiht wird (S. 122 f.[3], nach der Arbeit von Longo, Bull. d. istit. d. dir. rom. XI, 281 ff.). Den Ursprung des Usufrukts sieht Costa vielmehr in den testamentarischen Verfügungen des Ehemanns zu Gunsten seiner nicht in manu befindlichen Frau (S. 124f.), erst von da aus sei die Ausbildung zum U. des klassischen Rechts erfolgt. — Im nächsten Kapitel, Superficies und Emphyteusis (S. 133 ff.), sind bereits von den Quellen die afrikanischen Inschriften und die Papyri (bes. 145f.[29], 148[34]), sowie von der Literatur Mitteis' Monographie über die Erbpacht benutzt, sodaß auch hier Costas Buch dem neuesten Stande der Forschung entspricht. — Den Schluß des dritten Buchs bildet die Lehre vom Pfandrecht (S. 149 ff.). Die Hervorhebung der primitiven und zunächst bloß faktischen Garantie, welche das pignus bietet (S. 150f.), die Bemerkungen über die der fiducia cum pacto vendendi verwandte griechisch-rechtliche *πρασις ἐπὶ λύσει* (S. 154f. und 155[15]) und damit zusammenhängend über die Verschiedenheit der römischen Hypothek, bei welcher erst die — später bekanntlich verbotene — lex commissoria das Pfand zu einem

Verfallspfande macht, von der griechischen ὑποθήκη, welche ein solches von Haus aus ist (S. 164[34] und 164—6 N. 35) — sind nur einige von den interessanten Teilen dieses Kapitels. Zum P. fir. (S. 165[35]) cf. Mitteis, Z. S. St. 23, 300—4, s. aber auch neuestens Naber, Arch. III 20[1].

IV. Buch. Obligationenrecht. Leider vermag ich den reichen Inhalt dieses Buchs nur kurz zu streifen. Zunächst handelt Costa von der Deliktsobligation. Auch hier sind die Ergebnisse rechtsgeschichtlicher Forschung über andere Völker verwertet. Vgl. für die ältesten Zustände S. 177[2]; für die nach Hitzigs Nachweis vom griechischen Recht beeinflußte iniuria S. 181[19], 186[28]. Das 2. Kapitel handelt von den Formalverträgen; zunächst von der schwierigen (S. 211) Frage des Nexum, in der sich der Verf. — auch gegen Mitteis — der von Huschke begründeten herrschenden Lehre anschließt (S. 215). Zur Literatur vgl. neuestens noch Lenel, Z. S. St. 23, 84 ff. und Mommsen, ebenda S. 348 ff. Anschließend steht die nicht minder schwierige Frage nach den Anfängen der Sponsio (S. 216 ff.). Wenn Costa die vielverbreitete Zurückführung der Sponsio auf ein eidliches Versprechen ablehnt und ihren Ursprung nicht im Sakralrecht suchen will, sondern eher an prozessuale Wurzeln dieses Institutes denkt (S. 221, vgl. Mitteis, Z. S. St. 22, 97, Costa 121[22]), so dürfte er damit im Rechte sein, aber so schwierige Probleme lassen sich mit ein paar Worten eben nur anzeigen, nicht fördern oder gar erledigen. Nur sei noch einmal auf Lenels zitierten Aufsatz hingewiesen, der die Anfänge des römischen Kontraktsrechts überhaupt ins Vadimonium verlegt (a. a. O. S. 97 ff., vgl. Lenel in Holtzendorff-Kohler, Enzyklop. 85[2]). Die Ausführungen über den Literalkontrakt (S. 231 ff.) und über das receptum argentariorum (S. 252 ff.) geben dem Verf. wiederholt Gelegenheit über die Stellung und Tätigkeit der Bankiers zu sprechen (cf. S. 233[51]). Zum perscribere, bezw. διαγράφειν S. 235 f.[58] vgl. noch Hupka, Die Vollmacht 313[1], sowie zur ganzen Lehre das letzte Essay der von mir Z. S. St. 23, 468 ff. angezeigten Schrift von Roby, Essays on the Law in Cicero's Private orations p. 85 ss. Die Ausführungen über Syngrapha und Chirographum (S. 241 ff.) schließen sich den Lehren Mitteis' an (Reichsr. 465 ff.). Bei der Erörterung anscheinend unseren Inhaber- und Orderklauseln entsprechender nun auch in den Papyri vorkommender Klauseln, die eine noch offene Frage stellen, beweist Costa weise Zurückhaltung (S. 251 f.). — Das nächste Kapitel ist den Nichtformalverträgen gewidmet. Der historischen Entwickelung gemäß werden erst die Fidesverträge besprochen, das creditum i. w. S.: mutuum (S. 259 ff.), mit detaillierten Ausführungen über die Zinsen, auch im Recht der Papyri (S. 259 ff. N. 9), fiducia (S. 263 ff.) und das von der fiducia cum amico contracta abgeleitete depositum (S. 265 f.), commodatum und pignus (266 ff.), dann die ebenfalls auf der fides beruhenden Fälle des Mandats, der negotiorum gestio und der tutela (wobei sich Costa zwar nicht ohne Bedenken doch Wlassaks Lehre vom einheitlichen Edikt de negotiis gestis anschließt, S. 270 ff.), endlich des vermutlich aus dem

consortium sich entwickelnden (S. 278 f.) Fidesvertrags der societas (S. 275ff.). Nach der hier eingeschobenen Darstellung des foenus nauticum (S. 284 ff.) geht Costa an die Erörterung von Kauf und Locatio (S. 286 ff.), deren Anfänge er unter Ablehnung anderer neuerer Theorien im Barvertrage sieht (S. 287 ff.). Die spätere Natur dieser Verträge als Konsensualkontrakte datiert Costa von der Mitte des 7. Jhd. d. St. an und vom ständigen Verkehr mit der griechischen Kulturwelt (S. 294f.), S. 292, N. 63 a. E. erwähnt er die zahlreichen Pachtpapyri, insbesondere jene, bei welchen der Pächter pachtet ἐφ' ὅσον χρόνον βούλει (locator). Der Rest des Kapitels ist den Innominatkontrakten (S. 265 ff.), den pacta (S. 300 ff.), dem System der Entstehungsgründe der Obligationen, insbesondere dem Kontraktssystem bei den Klassikern (S. 308 ff.) und bei den Kompilatoren (S. 311 f.), sowie der bereits mit Benützung von Gradenwitz' Schrift Natur und Sklave geschriebenen Darstellung der Naturalobligationen gewidmet (S. 312 ff.). — Die nächsten beiden Kapitel handeln von der Übertragung (S. 317 ff.) und der Aufhebung der Obligationen (S. 325 ff.). In der Lehre von der Quittung sind die Arbeiten H. Ermans verwertet und ist das ἔχειν der Papyri nicht unerwähnt geblieben (S. 329 f.[9]). Bei der Lehre von der Kompensation (S. 335 ff.) hat Costa Appleton's Buch, Histoire de la compensation, eingehend, wenn auch nicht in allen Punkten zustimmend gewürdigt. Aber des Verf.'s Ansicht, daß das compensationes ipso iure fieri Berücksichtigung von Amtswegen bedeuten könne (S. 340), kann ich unmöglich teilen. S. 348 f. erwähnt Costa außerordentliche Fälle, in denen durch staatlichen Gewaltakt bestehende Obligationen ganz oder teilweise aufgehoben werden: die griechische χρεῶν ἀποκοπή, ein römischer Ausdruck fehlt. — In der Lehre von der Bestärkung der Obligationen (S. 350 ff.) stimme ich gleich den ersten Worten des Verf.'s gerne bei, daß der Ursprung der Bürgschaft auf prozessualem Gebiete zu suchen sei. Die Figuren des vindex, des vas und des praes werden ferner durch Rechtsvergleichung mit Instituten der germanischen Rechtsgeschichte gewiß Förderung und endliche Klärung erfahren (vgl. Costa S. 351[2]; Lenel, Z. S. St. 23, 97; Wenger, Papyrusstud. S. 57[2]). Bei der Arrha (S. 359 f.) ist bereits der ἀῤῥαβών des griechischen Rechts und der Papyri berücksichtigt (S. 360 f.). — Für die Lehre von der Stellvertretung, womit das Obligationenrecht schließt (S. 362 ff.) sind jetzt die historischen Partien der beiden Werke Hupkas, Die Vollmacht (1900) S. 7 f. und passim und Die Haftung des Vertreters ohne Vertretungsmacht (1903) S. 7 ff. bedeutsam. Hupka leugnet mit der herrschenden Lehre die Zulässigkeit direkter Vertretung bei Vertragsschlüssen und hält an diesem Resultate (Haftung S. 9 f. Anm.) gegen meine Ausführungen (Papyrusforschung und Rechtswiss. Vortrag S. 26 ff.) auch für das ägyptische Provinzialrecht fest. Ich kann zur Verteidigung meiner Ansicht hier nur kurz auf den neu hinzugekommenen, freilich auch nicht alle Zweifel erledigenden, weil fragmentierten P. Oxy. III, 505 (2. Jhd. n. C.) verweisen, der den Abschluß eines Kaufvertrags durch den mit angeschlossener

Vollmacht (συστατικον) ausgestatteten Stellvertreter des Verkäufers enthält. Daß es in Ägypten wirkliche Prozeßvertretung gegeben (Vortrag S. 28 f.), gibt Hupka zu (S. 10 a. E.).

V. Buch. Erbrecht. Costa behandelt hereditas, bonorum possessio, Testament, Intestaterbfolge, Erbschaftserwerb und Vermächtnisse. Auch hierzu sei bemerkt, daß die Papyri zu den alten Quellen schon manche Illustration geliefert haben. Zwei Beispiele: Die bonorum possessio = κατοχή wird BGU I 140 genannt; Amh. 72 bezeugt die agnitio bonorum possessionis (vgl. Mitteis, Hermes 30, 614; Z. S. St. 22, 198 f.; s. auch Muller, Arch. I, 438[4] und Naber, Arch. III, 13 (διακάτοχοι). Beispiele von Testamenten finden sich in den Papyri häufig. Vgl. Costa S. 428[68] und neuestens Oxy. III, 489—495; 583; 634; 646—652.

Diese Stichproben mögen genügen, um einen Begriff von der Gelehrsamkeit zu geben, von der Costa's Werk durchdrungen, und von dem Fleiße, mit dem es gearbeitet ist. Aber der Verf. hat über dem Inhalt auch die Form nicht vergessen und versteht es, die Schönheit seiner Muttersprache zu verwerten. So schließen wir mit dem Ausdrucke des Dankes für alle Belehrung, die uns, den großen Traditionen seiner Universität getreu, der Rechtslehrer Bolognas in seinem Werke geboten hat.

Graz. Leopold Wenger.

Francesco P. Contuzzi, Il Codice civile nei rapporti del diritto internazionale privato. Volume secondo: Trattato delle successioni e delle donazioni con l'esame critico delle Deliberazioni delle Conferenze dell' Aja. — Napoli, N. Jovene, 1902. 684 Seiten.

In der Einleitung bespricht Contuzzi die Haager Konferenzen von 1893, 1894 und 1900 und die Haager Konvention vom 14. November 1896, wobei besonders ihre Geltung in Italien erörtert wird (S. 1—40). Der darauf folgende Traktat von der Erbfolge bildet das Hauptstück des Buchs (S. 41—596). Von seinen drei Teilen behandelt der erste die Erbfähigkeit der Fremden, zunächst geschichtlich im altägyptischen, jüdischen, phönizischen Recht, in Griechenland und Rom, im Mittelalter, dann nach positivem italienischem Recht und nach den Normen der übrigen europäischen und amerikanischen Staaten und Japans, endlich das einschlägige Konsulatsrecht. Im zweiten Teil wird die Stellung der juristischen Personen, besonders der Staaten und Souveräne im internationalen Erbrecht erörtert. Der dritte Teil ist der erbrechtlichen Kollisionsnorm gewidmet. Den Schluß des Werks bildet die Abhandlung über das Schenkungsrecht (S. 603—660); hier geht der Verfasser am gründlichsten auf die Beschlüsse der Haager Konferenzen und ihr Verhältnis zum positiven italienischen Recht ein. Die sehr ausführliche, übersichtliche Inhalts-

angabe steht dem Text nach (S. 661—684); ein Sachregister ist nicht beigegeben.

Die italienische Rechtswissenschaft nimmt in der Literatur des internationalen Privatrechts eine ausgezeichnete Stelle ein. Dem entspricht auch das einzigartige Unternehmen Contuzzis: bewundernswert und höchst ersprießlich ist seine Gründlichkeit in der Darstellung der einzelnen Rechtsverhältnisse mit international kompliziertem Tatbestand, vom Standpunkt des positiven italienischen Rechts aus. Die Aufgabe, die er sich damit gestellt hat, ist in einem Sinn undankbar; denn der geschilderte Rechtszustand soll gerade nach dem Wunsch des Verfassers überwunden werden, durch eine internationale Kodifikation der internationalprivatrechtlichen Normen. Auf der andern Seite gibt natürlich gerade die eingehende Darstellung des jetzt geltenden, vergänglichen, weil einseitig nationalistischen Rechtszustands das beste Material für jene Kodifikation ab. — Das Interesse der italienischen Juristen am internationalen Privatrecht wird von ihrer Regierung geteilt. Sie hat, in Gemeinschaft mit der Regierung der Niederlande, die Kodifikation betrieben, die Haager Konferenzen als Vorstufe dazu angeregt. So erklärt sich auch die Aufnahme der Schilderung dieser Konferenzen, der diplomatischen Vorverhandlungen über sie und ihrer Ergebnisse in Contuzzis Buch, mit dessen Inhalt die Haager Konvention an sich nichts zu tun hat. Beiläufig: die offizielle Bezeichnung dieser Konvention: „zur Regelung von Fragen des internationalen Privatrechts" ist falsch und irreführend; das Abkommen hat ausschließlich mit Prozeßrecht zu tun.

Das Erbrecht ist von jeher die eigentliche Domäne der Internationalisten gewesen. Im Obligationenrecht und Sachenrecht haben Verkehrsbedürfnis und politische Anschauungsweise von Fall zu Fall die Kollisionsnormen diktiert; im Erbrecht hat von den Postglossatoren bis auf die letzten Vertreter der mit Unrecht so genannten Statutentheorie die Doktrin geherrscht. Contuzzi hat seine Darstellung vorzüglich systematisiert, indem er eine Teilung durchführt zwischen der Frage: wie weit Ausländer im Inland fähig sind zu vererben und zu erben, und der Frage: wie weit überhaupt die Person (und nicht etwa der situs rei oder der Ort der Rechtshandlung) maßgebende Anknüpfung für die erbrechtlichen Kollisionsnormen ist. Durch diese Zweiteilung wird die Darstellung verbreitert, für die Erörterung der zweiten Frage aber durch die Ausscheidung der ersten außerordentlich viel gewonnen. Das zeigt sich auch in der geschichtlichen Untersuchung, in der zunächst das droit d'aubaine und dann erst die erbrechtliche Statutenkollision behandelt wird.

Aus dem Traktat über das Schenkungsrecht ist die Untersuchung darüber hervorzuheben, wie weit die gesetzgeberische Kompetenz der Staaten zum Erlaß besonderer Formvorschriften für diejenigen Rechtshandlungen geht, durch welche Güter im Staatsterritorium übertragen werden sollen (S. 612 f.).

Die fremdsprachigen Zitate sind leider, besonders in den ersten Bogen, vielfach durch Druckfehler entstellt, so S. 67 unter Bissing und Journal of Jurisprudence, S. 87 unter Karlowa und Maine, S. 92 Anm. 2 im griechischen Text, S. 109 Anm. 4 i. f., S. 113 Anm. 1 im zweiten Absatz. Die den einzelnen Abschnitten vorangestellten bibliographischen Verzeichnisse stehen zum Teil nicht auf der Höhe der Text-Ausführungen und geben auch oft Überflüssiges: Gobineau dürfte z. B. unter den wissenschaftlichen Quellen nicht angeführt werden.

A. Mendelssohn-Bartholdy.